

Les Décrets-Lois et le droit de circonstance au cours de la Guerre mondiale

Etude de droit comparé, concernant quelques puissances belligérantes

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 10 Juin 1933, à 14 heures

PAR

Titus ONISOR

JURY

Président : M. JÈZE, professeur.

Suffragants : M. MESTRE, professeur.

M. BARTHÉLEMY, professeur.

LES PRESSES MODERNES
45 rue, de Maubeuge, 45
PARIS

—
1933

Les Décrets-Lois et le droit de circonstance
au cours de la Guerre mondiale

Etude de droit comparé, concernant quelques puissances belligérantes

Les Décrets-Lois et le droit de circonstance au cours de la Guerre mondiale

Etude de droit comparé, concernant quelques puissances belligérantes

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 10 Juin 1933, à 14 heures

PAR

Titus ONISOR

JURY

Président : M. JÈZE, professeur.

Suffragants : M. MESTRE, professeur.

M. BARTHÉLEMY, professeur.

LES PRESSES MODERNES
45 rue, de Maubeuge, 45
PARIS

1933

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs.*



Table des Matières

INTRODUCTION

	Pages
SECTION I.	9
SECTION II.	23

CHAPITRE PREMIER

L'ORGANISATION DE LA NÉCESSITÉ

SECTION I. — Généralités	27
SECTION II. — La solution juridique	34
1. — Le « Notverordnungsrecht » allemand	34
2. — Le système des pleins pouvoirs	37
SECTION III. — La solution politique	38
1. — La théorie du droit de nécessité naturel	38
2. — Les théories de MM. Duguit, Barthélemy et Hauriou ...	44
3. — La théorie des bills of indemnity	49

CHAPITRE II

L'ACTIVITÉ LÉGISLATIVE DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS

AU COURS DE LA GUERRE MONDIALE

SECTION I. — La participation du pouvoir exécutif à l'élaboration du droit en temps normal	59
1. — Rôle du Gouvernement quant à l'initiative et la discussion des projets	59
2. — La promulgation et la publication	60
3. — Le droit de demander une seconde délibération	63
4. — Le pouvoir réglementaire	64

	Pages
5. — Pouvoirs présidentiels concernant les rapports avec les Chambres	72
6. — Conclusion	74
SECTION II. — La participation du pouvoir exécutif à l'élaboration du droit au cours de la guerre mondiale	
1. — Sous l'empire de l'état de siège	75
2. — Les lois de circonstance	90
3. — Des décrets-lois en France au cours de la guerre de 1914-1918	93
a) Essai de justification de la part du Gouvernement ..	99
b) La jurisprudence en matière de décrets-lois	101
4. — Les règlements pris en vertu des lois d'habilitation ..	109
5. — Conclusion	119

CHAPITRE III

LES DÉCRETS-LOIS EN ROUMANIE

SECTION I. — La participation du pouvoir exécutif à l'élaboration du droit en temps normal	
1. — D'après les constitutions roumaines antérieures à l'année 1866	122
2. — D'après les constitutions roumaines modernes	126
SECTION II. — La participation du pouvoir exécutif à l'élaboration du droit en temps de crise	
1. — Les décrets-lois au cours de la guerre de 1916-1919 :	130
2. — Jurisprudence	138
3. — Quelques opinions de la doctrine	143
4. — Attitude du Parlement	147
5. — Les décrets-lois dans les territoires qui se sont unis au royaume de Roumanie	150

CHAPITRE IV

Pages

LE « NOTVERORDNUNGSRECHT » ALLEMAND

SECTION I. — Généralités	163
SECTION II. — La théorie juridique de la nécessité	166
1. — Son origine	166
2. — Législation positive	171
3. — Les conditions d'exercice du droit de nécessité	180
4. — L'efficacité de ce droit	188
SECTION III. — Application pratique des principes au cours de la guerre de 1914-1918	191
SECTION IV — Le Notverordnungsrecht des Etats qui ont adopté le système allemand	198
1. — Autriche	198
2. — Russie, Japon et Empire Ottoman	201

CHAPITRE V

LE POUVOIR EXÉCUTIF AU COURS DE LA GUERRE EN ANGLETERRE ET EN ITALIE

SECTION I. -- L'extension des attributions du pouvoir exécutif en Angleterre	203
2. — Les lois de circonstance	206
SECTION II. — Les pleins pouvoirs en Italie	214
1. — Les précédents historiques	214
2. — La pratique au cours de la guerre mondiale	215

CHAPITRE VI

L'EXTENSION DES POUVOIRS DE L'EXÉCUTIF AUX ETATS-UNIS ET EN BELGIQUE AU COURS DE LA GUERRE MONDIALE

SECTION I. — Aux Etats-Unis	223
SECTION II. — La Belgique	233
CONCLUSION	237
BIBLIOGRAPHIE	240



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Introduction

SECTION I

1. — *Les décrets-lois sont des infractions au principe de la séparation des pouvoirs, du fait que l'autorité qui, constitutionnellement, n'a pas la compétence d'élaborer des lois, édicte néanmoins des dispositions générales et impératives, en suspendant, modifiant ou abrogeant les lois existantes.*

Tout d'abord, cette définition suppose l'existence de la séparation des pouvoirs, séparation en raison de laquelle la compétence d'élaborer des normes de conduite générales et impératives concrétisées dans les lois, appartient uniquement au Corps législatif, ce qui, — il est à peine besoin de le dire — est un des postulats fondamentaux des organisations étatiques modernes. Ensuite, elle suppose un travail législatif arbitraire, de la part d'une autorité qui n'a pas compétence, à cette fin, d'après la constitution. Finalement, elle suppose, ce qui est plus grave, que ce travail législatif accompli en dehors et à l'encontre de l'ordre légal de l'Etat, est supérieur en efficacité à celui accompli par l'autorité qui, d'après la Constitution a, seule, compétence à cet effet.

2. — Nous ne voulons pas retracer l'histoire de la théorie de la séparation des pouvoirs, ni en faire l'ample exposé, ce qui dépasserait le sujet de notre étude. Ce que nous retiendrons comme essentiel pour nos développements, c'est qu'elle pose en postulat, « l'existence de puissances distinctes, c'est-

à-dire d'individus ou de groupements, en qui se personnalise la possibilité matérielle et juridique de faire certains actes » (1). Une de ces puissances, un de ces groupements, à l'intérieur de l'organisation étatique, est constitué par le Corps législatif, qui a la possibilité matérielle et juridique de faire des lois, d'édicter des règles de conduite obligatoires pour la collectivité. Pour que ces règles soient justes et équitables, leur édicition a été attribuée à un groupement d'individus, qui, recrutés d'après certaines normes, sont censés représenter, le plus parfaitement possible, la volonté générale de la collectivité. La collectivité ne se soumettra qu'à des normes bénéficiant de cette présomption. Or, les seules qui soient conformes à cette présomption, sont celles qui sont élaborées par ses représentants qualifiés; pour garantir le respect de ces données, la compétence d'élaborer des règles de conduite générales et impératives, a été attribuée par la collectivité, uniquement au groupement dénommé Corps législatif, lequel est constitué par des assemblées élues par elle. La collectivité, lors de l'établissement de ces principes par ses représentants, a entendu leur attacher une efficacité accrue : elle en a fait des principes d'ordre constitutionnel; aujourd'hui, le principe de la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, et, si l'on admet un troisième pouvoir dans l'Etat — entre le pouvoir judiciaire, est partout un principe d'ordre constitutionnel.

Ainsi nous dirons, *la séparation des pouvoirs*, en l'espèce, *la séparation du pouvoir législatif des autres pouvoirs*, est le principe d'ordre constitutionnel, en vertu duquel l'élaboration des règles de conduite générales et impératives, rè-

(1) COHEN : La loi et le règlement, p. 41.

gles de conduite générales et impératives, règles concrétisées dans des lois, ne peut être faite que par le Corps législatif, à l'exclusion de toute immixtion arbitraire de la part des autres pouvoirs.

3. — Ce sont des principes universellement valables : ils trouvent leur application autant dans les républiques démocratiques, que dans les monarchies constitutionnelles. Aujourd'hui, les assemblées législatives peuvent seules édicter des normes obligatoires pour la collectivité qu'elles représentent. Il en était sensiblement de même avant la guerre mondiale, toutefois, avec le correctif que nous étudierons plus loin, en parlant du droit de nécessité en Allemagne et dans quelques autres Etats, et, bien entendu, en laissant de côté certaines monarchies despotiques, qui existaient encore au seuil de la guerre, dans le lointain Orient. En généralisation de ces termes, nous pouvons dire que, même au seuil de la guerre, la volonté législative et la faculté de son exercice étaient déposées dans le sein des assemblées élues par la collectivité organisée en Etat. A l'exercice de cette faculté, participaient d'une manière plus ou moins intense, selon qu'on se trouvait dans une démocratie avancée ou dans une monarchie, les titulaires de l'autre grand pouvoir dans l'Etat : du pouvoir exécutif. Par cette participation se réalisait la collaboration des deux pouvoir ; toutefois, il importe de souligner que cette collaboration n'était pas paritaire : l'élaboration de la règle de droit était toujours l'œuvre de l'assemblée ; c'était toujours elle qui préparait son contenu intellectuel (2). Il est vrai que dans certaines monarchies, le monarque pouvait refuser la sanction à cette règle, mais il ne pouvait pas la remplacer par d'autres,

(2) LABAND : Le droit public de l'Empire allemand, II, p. 294.

qui n'auraient pas été les fruits de la délibération des assemblées.

4. — Ainsi nous pouvons dire que ce sont les représentants de la collectivité qui ont la compétence d'élaborer les règles de droit. A cette proposition ne fait pas échec le fait que le monarque est, dans certaines monarchies, une des branches du pouvoir législatif : tout en l'étant, il reste à l'écart de la définition de la règle de droit, définition qui échoit uniquement aux assemblées.

La raison d'être du pouvoir exécutif est d'assurer l'exécution de la loi (3), de réaliser le règne du droit à l'intérieur de l'Etat — l'Etat moderne étant un Etat de droit, un « *Rechtsstaat* » ; toute activité à son intérieur doit se réclamer de la conformité avec l'ordre commandé par la loi. Dès lors, on conçoit, que le pouvoir exécutif, qui a pour mission de réaliser cet ordre, ne pourra le faire qu'aux termes de la loi qui l'organise.

Un des moyens principaux qui aident l'exécutif dans cette tâche, est le pouvoir réglementaire. Les termes dans lesquels les différentes constitutions organisent ce pouvoir, ne sont pas identiques (4). Néanmoins, l'accord est établi dans le sens que

(3) « Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois » (article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875).

(4) Pour l'Angleterre, nous nous référons à TOOB, « Le Gouvernement parlementaire en Angleterre », II, p. 256 : « Des pouvoirs considérables appartiennent encore au souverain dans son Conseil ; il arrive souvent qu'une disposition législative confère expressément à la Couronne le droit de lancer des ordonnances en conseil. Une grande partie de ce que l'on peut appeler les détails de la législation, repose sur l'autorité d'*ordres in council* ; les uns sont promulgués par Sa Majesté en vertu de sa prérogative, les autres tirent leur force des dispositions d'Actes du Parlement ». En conséquence, le roi aurait un pouvoir réglementaire propre, à côté de celui concédé par le Parlement : « Il est difficile de dire exactement ce qui peut et ce qui ne peut pas être fait par *ordre in council* sans qu'il soit besoin d'obtenir une sanction législative spéciale. En règle générale, tous les *ordres in council* restreignant le commerce (sauf les cas où ils sont

les règlements du pouvoir exécutif ne peuvent aller à l'encontre de la loi ; ils ne peuvent ni la suspendre, ni la modifier, ni l'abroger, car il serait au moins paradoxal de réaliser l'ordre commandé par la loi, en la violant. Donc, les règlements

émis en vertu d'un acte du Parlement, ou légitimés parce qu'ils se réfèrent à des cas rentrant dans la prérogative de guerre) et tous les ordres suspendant l'action d'un *statute*, exigent un *Act of indemnity* », ce qui veut dire que les *ordres in council* ne peuvent aller à l'encontre des lois. « En ce qui concerne les proclamations distinctes des ordres *in council*, c'est une branche incontestable de la prérogative royale de lancer des proclamations relatives aux lois existantes, avertissant ceux qui pourraient commettre des infractions, les invitant au respect de la loi, et offrant des récompenses pour l'arrestation des délinquants... Il est évident toutefois que si une proclamation ne peut créer le droit, elle peut renforcer une loi existante ». Voir aussi MOREAU : « Le règlement administratif », p. 166, note. Pour l'Italie, nous avons l'article 6 du Statut : « *Le roi... fait les décrets et les règlements nécessaires à l'exécution des lois*, sans pouvoir suspendre l'application de ces lois ou dispenser de leur observation ». Voir ORLANDO : « Principes de droit public et constitutionnel », p. 316. Pour la Belgique, l'art. 67 de la constitution de 1831 : « *Le roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois*, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ». Voir GIRON : « Le droit administratif de la Belgique », p. 79-83 ; pour la Roumanie, voir le chapitre III du présent ouvrage ; quant à la Suisse il paraît que le pouvoir réglementaire de l'exécutif y tient une place précaire, ce pouvoir appartenant aux Chambres Fédérales. Toutefois, M. BARTHÉLÉMY dans « Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes » estime que, quoique la constitution n'ait pas accordé expressément de pouvoir réglementaire au Conseil fédéral, néanmoins son intention n'a pas pu être d'imposer à l'Assemblée Fédérale la charge d'émettre toutes les règles générales, quelles qu'elles soient, même les plus insignifiantes. Voir aussi JÈZE : « L'exécutif en temps de guerre », p. 55. Pour les Etats-Unis on lit chez BARTHÉLÉMY et DUEZ : « Traité de droit constitutionnel », 1933, p. 733 : « Aux Etats-Unis où l'« ordonnance power » est fort semblable à notre pouvoir réglementaire, on le fait découler de l'article de la constitution fédérale qui charge le Président de l'exécution des lois. Toutefois, l'habitude pour le législateur de prévoir les moindres détails rend ce pouvoir réglementaire moins important pratiquement qu'en France ». Pour l'Allemagne, le pouvoir réglementaire doit être envisagé aussi comme un pouvoir d'exécution. Voir toutefois COHEN, op. c. p. 162 avec une riche indication de littérature ; il ne faut pas perdre de vue, non plus, la nature de la compétence législative des assemblées dans l'Allemagne d'avant-guerre, pour juger convenablement les rapports entre les assemblées et l'exécutif ; voir chapitre IV, section I. Pour la France, nous renvoyons au chapitre I, section I (sauf mention contraire, nous nous référons au droit en vigueur au seuil de la guerre mondiale ; c'est ce droit que nous analysons dans cette étude).

doivent être en exécution et en conformité des lois : le pouvoir réglementaire doit s'exercer *secundum et intra legem*.

5. — C'est une proposition valable partout ; mais si le législateur a failli à son devoir de réglementer tous les rapports sociaux et économiques qui se présentent dans un Etat, s'il a omis de les encadrer dans l'ordre de droit, est-ce que l'exécutif pourra suppléer à cette lacune en usant de son pouvoir réglementaire ? Pour être plus explicite : des règlements édictés *praeter legem* sont-ils légitimes ? N'y a-t-il pas une infraction à la séparation des pouvoirs du fait que l'exécutif édictera des normes générales et impératives ?

A défaut d'une défense législative expresse (5), il paraît qu'on doit reconnaître cette faculté au pouvoir exécutif. Ces règlements ne seront pas des décrets-lois, puisqu'ils ne viennent en contradiction avec aucune loi, en l'abrogeant, suspendant ou modifiant. L'autorité réglementaire n'usurpe aucune fonction quand elle supplée au silence du législateur, quand elle assure le développement régulier de l'Etat. Elle ne fait qu'accomplir sa mission propre ; elle se substitue spontanément, en vertu des besoins mêmes de l'organisme social, à une autorité qui néglige de réaliser tout son devoir, jusqu'au moment où celle-ci lui retirera cette attribution, en la reprenant à son compte exclusif (6). De puissantes pratiques se sont établies dans ce sens, non seulement en France, mais encore dans nombre d'Etats étrangers (7). Néanmoins, l'exer-

(5) Comme dans la Constitution belge ou roumaine.

(6) COHEN, op. c. p. 312.

(7) Le fait est constaté d'une manière unanime en doctrine française. M. MOREAU (op. c. p. 164) écrit : « On va supposer un rapport, une matière dont la loi ne s'est pas encore occupée, soit que la matière soit nouvelle et que le rapport ait pris naissance à la suite d'un mouvement récent dans la civilisation, soit que la loi ait jugé inutile de s'en occuper. Le règlement voudrait remplir l'office que le législateur délaisse, fournir à la matière les règles générales qui la régiront,

cice du pouvoir réglementaire dans pareille occurrence est précaire : il reste toujours subordonné à la volonté contraire de la loi, qui peut remplacer le règlement en se saisissant elle-même de la matière.

La question n'est pas dénuée d'importance, car de la réponse affirmative ou négative qu'on donne sur la légalité de pareils règlements, dépend également le cadre élargi ou rétréci des décrets-lois. De la quasi unanimité de la doctrine, qui s'unit pour répondre affirmativement, nous concluons à la parfaite légitimité de l'exercice du pouvoir réglementaire en pareille occurrence.

6. — *Ainsi, le cadre des décrets-lois sera réduit aux actes impératifs et généraux, édictés par le pouvoir exécutif à l'encontre des lois existantes, contra legem.*

Il reste entendu que les décrets-lois sont des infractions à la légalité constitutionnelle, et, pourtant, ils ont une efficacité supérieure aux lois conformes à cette légalité, puisqu'ils les abrogent, modifient et suspendent. Cela revient à dire que,

et, par hypothèse, il ne trouve dans aucune loi qu'il s'agisse d'exécuter le point d'appui qu'il avait dans le cas précédemment étudié (règlements secundum legem n. d. a.). Légalement, le pouvoir réglementaire peut-il agir ? Un fait certain, c'est qu'il le fait, c'est qu'il l'a toujours fait, même sous les régimes les plus nettement défavorables aux prérogatives du chef de l'Etat ». M. DUGUIT (Traité de droit constitutionnel, t. IV, p. 714) écrit : « Il (le Président de la République n. d. a.) fait un règlement qui ne se rattache à aucune loi déterminée, qui n'a point pour but de régler les détails d'application d'une loi. On ne peut donc ici fonder son pouvoir réglementaire sur la disposition de l'art. 3 parag. 1 de la loi constitutionnelle de 1875 : « Il surveille et assure l'exécution des lois ». Et cependant, il est certain que le Président de la République, fait, et qu'avant lui tous les chefs de l'Etat ont toujours fait, certains règlements ne se rattachant à aucune loi ». Voir aussi BARTHÉLÉMY et DUEZ, op. c., p. 776 suiv. ; CARRÉ DE MALBERG : « Contribution à la théorie générale de l'Etat », I, p. 657 et p. 678. Pour le droit étranger : GIRON, op. c. p. 82 ; ORLANDO, op. c. p. 316 suiv. ; COHEN, op. c., p. 310, note ; MOREAU, op. c., p. 166, note qui rapporte la controverse à ce sujet, entre DICEY et BURGESS.

dans cette occurrence, le fait, la force priment le droit. L'édiction des décrets-lois est une question de force — tel organisme politique, ou individu, qui l'a à son service, pourra légiférer efficacement, bien qu'arbitrairement, et imposer l'obéissance à ces actes. Dès lors, la science et la pratique juridiques ne pourront voir, dans de pareils décrets, des actes juridiquement valables; ce sont des actes qui s'imposent en fait, en vertu de la force coërcitive qui leur est attachée. Le vice de l'illégalité est initial et sans remède. Les conséquences qu'impose cette prémisse sont de deux ordres : étant dénués de valeur juridique, les tribunaux devront refuser leur application; de même, la procédure, dite de ratification, de la part des assemblées dont la compétence a été usurpée, ne doit pas s'analyser comme telle.

En effet, il est impossible de réclamer aux tribunaux de prêter leur concours à la consommation d'une infraction : les tribunaux ne feront que leur devoir en proclamant l'illégalité de pareils actes et en refusant leur concours pour leur application pratique (8). Ce droit est reconnu aux tribunaux d'une manière presque unanime (9).

(8) JÈZE, op. c. « Le juriste doit considérer comme illégaux, inconstitutionnels tous les actes accomplis en violation des compétences constitutionnelles ou légales; les responsabilités civiles et pénales sont encourues par les agents qui ont méconnu leur compétence; *les tribunaux, en tant que cela rentre dans leur compétence, ont le devoir de déclarer irréguliers les actes ainsi faits et d'en tirer les conséquences fixées par la législation en vigueur* ».

(9) En Italie, ce contrôle échoit à la Cour des Comptes, qui doit vérifier la légalité de tous les décrets. En Belgique, c'est l'art. 107 de la Constitution qui décide que les Cours et Tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils sont conformes aux lois; pour la Roumanie, v. chapitre III; pour les Etats-Unis on sait qu'il existe le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui s'exerce d'une manière particulièrement intense; à plus forte raison, il existe un contrôle des actes réglementaires; en Allemagne, à vrai dire, la question était controversée avant la guerre : en effet, l'article 106 de la Constitution prussienne porte :

Il est impropre de parler d'une ratification lors de la procédure de régularisation de pareils décrets. Les décrets-lois sont affectés d'une nullité absolue : en droit public, la nullité des actes juridiques n'est pas une nullité relative, établie en faveur de l'agent public, dont la compétence a été violée. Les nullités, en droit public, sont établies en faveur de l'ordre de droit ; au respect de cet ordre n'est pas intéressé le seul agent ou organisme dont on ait usurpé la compétence : l'intéressé, c'est la collectivité, en faveur de laquelle a été établi cet ordre de droit. En conséquence, le Parlement, même s'il le veut, ne peut pas guérir la nullité qui entache les décrets-lois de l'exécutif. Il ne peut ratifier ce qui est impropre à cette opération.

La soi-disant opération de ratification se réduit à ceci : le Parlement qui reconnaît l'utilité, en soi, des dispositions renfermées dans un décret-loi, va absoudre le gouvernement qui l'a porté, du délit dont il s'est rendu passible lors de son édicition. Il en a le droit et le pouvoir, car il est le dépositaire de la faculté de mettre le Gouvernement en accusation, afin de faire jouer sa responsabilité politique ou criminelle. C'est le côté politique de cette opération, c'est un premier point.

Quant au côté juridique (10), il est le suivant : le Parlement, comme nous le disions, se rend compte de l'utilité qu'a présenté l'initiative gouvernementale délictueuse. En

« L'examen de la validité des règlements royaux régulièrement publiés, appartient non aux fonctionnaires, mais aux Chambres ». Nous nous rallions à cette partie de la doctrine qui refuse aux tribunaux tout droit de contrôle matériel ; cela est d'ailleurs dans la ligne de la structure du droit public allemand même si la loi est muette à ce sujet. En Autriche, la solution contraire était certaine (art. 7 de la loi constitutionnelle sur le pouvoir judiciaire) ; pour la France voir le chapitre II. Pour l'Angleterre l'affirmative chez TODD, *op. c.* p. 256.

(10) v. CARRÉ DE MALBERG, *op. c.* I, p. 685, note.

conséquence, pour conserver cette utilité, même pour l'avenir, et en même temps pour couper à tous les litiges qui ont pris naissance dans le passé, du fait de l'application « *manu militari* » de pareils décrets, le Parlement aboutit au vote d'une loi, dont les termes sont identiques à ceux du décret incriminé et, de plus, il attache un effet rétroactif à cette loi, du jour où a été édicté le décret incriminé. Bien que le Parlement se contente la plupart du temps d'une formule conçue à peu près dans les termes : « sont ratifiés et convertis en lois les décrets ci-dessus », néanmoins cette terminologie simpliste ne nuit pas à la substance de l'opération, telle qu'on l'a indiquée ; on ne pourra voir dans la loi dite de ratification qu'une loi nouvelle, qui est conçue dans les termes du décret-loi. Il est vrai que la procédure du Parlement est quelque peu défectueuse, du fait qu'elle fait un simple renvoi au décret, au lieu de récapituler dans son texte, *in-extenso* et d'une manière complète, toutes les dispositions du décret-loi ; mais, finalement, on doit estimer que le Parlement est souverain pour organiser et réglementer sa méthode de travail.

Ce point de vue strictement juridique, le seul qui traduise la vérité, croyons-nous, renferme également de grands avantages pratiques. On a dit plus haut que les tribunaux devront refuser leur appui à l'application d'actes pareils ; en conséquence, l'exécutif sera amené à imposer leur respect *manu militari* ; or, le recours à la force sera certainement illégal, comme l'est d'ailleurs la disposition qu'on applique par ce moyen : donc, cette procédure fera l'objet de pourvois en justice de la part des lésés ; ce sont les autorités qui en assumeront les responsabilités. Afin d'échapper à ces difficultés, la loi, dite de ratification, stipulera la rétroactivité de ces dis-

positions (11); du même coup, deviendront sans objet toutes les poursuites intentées envers les agents coupables.

7. — A défaut d'une pareille procédure, improprement dénommée de ratification (12), les décrets-lois de l'exécutif restent des actes délictueux, des infractions : la force qui a présidé à leur naissance, les accompagnera au cours de toute leur existence, tant qu'elle sera au service de ces auteurs ou de ceux qui se sont approprié les décrets-lois. Ceux-ci conserveront leur efficacité, bien entendu s'ils n'ont pas été rapportés par leurs auteurs mêmes. La responsabilité et matérielle et pénale, sera encourue, en principe, par eux; nous disons : en principe, car ceux qui ont la force d'appliquer pareils décrets ont également la force d'assurer leur impunité virtuelle : qui peut le plus, peut aussi le moins.

8. — Les décrets-lois sont les fruits de la confusion des pouvoirs (12), en l'espèce, de la confusion des pouvoirs législatif et exécutif au profit de ce dernier. Cette confusion peut avoir à son origine soit un coup d'Etat, soit une révolution, ou ni l'un ni l'autre, car les décrets-lois peuvent être également le fruit d'un gouvernement régulier (14). Il est vrai que leur édicition, même dans cette dernière hypothèse, équivaut, en fin de compte, à un coup d'Etat : mais celui-ci n'a pas l'ampleur, ni la signification de ce qu'on désigne communé-

(11) Cette solution ne présente aucune difficulté pour la France (v. les conclusions de M. CORNEILLE dans l'affaire Verrier, publiées par M. JÈZE dans la *Revue du droit public*, 1915, p. 481), moins encore pour l'Angleterre et l'Italie en raison de leur constitutionnalisme souple; pour la Roumanie et la Belgique il n'y a aucune défense d'ordre constitutionnel concernant la rétroactivité des lois.

(12) Néanmoins, dans un but de commodité, nous maintiendrons cette expression mais en lui assignant le sens qui ressort de nos développements.

(13) BARTHÉLEMY et DUEZ, op. c., p. 559-60.

(14) DUGUIT, op. c. T. IV, p. 745.

ment par « coup d'Etat ». Ce qu'il importe de souligner, c'est qu'ils seront toujours des infractions à un régime constitutionnel, même s'il était aboli en fait, comme dans le cas d'une révolution, qui implique un changement de régime. La révolution est un fait, le régime qu'elle abolit est un régime de droit, quel qu'il soit; jusqu'à une nouvelle expression valable de la volonté constituante, les actes accomplis sous l'empire de la révolution n'ont pas de valeur juridique. Dès lors, le juriste doit les regarder comme tels, jusqu'à l'instant de la mise en vigueur d'un nouvel ordre de droit valable. En conséquence, il est impropre de parler, même dans cette occurrence, de l'exercice légitime de la fonction législative par le Gouvernement. Pour en tirer la conclusion qui s'impose, nous dirons qu'il est inutile de faire de l'origine de la confusion des pouvoirs, un des éléments qui entreront dans la définition des décrets-lois, tout au plus, la confusion des pouvoirs peut-elle indiquer la discrimination qu'il y a à faire entre les divers décrets-lois (15).

-
- (15) Nous reproduisons quelques opinions particulièrement autorisées de la doctrine française, qui envisagent le problème des décrets-lois :

Monsieur HAURIOU : (*Précis de droit adm. et de droit public*, XI^e éd., p. 465) écrit à ce sujet : « Dans les périodes anormales au point de vue constitutionnel, soit aux époques des coups d'Etat soit aux moments de révolutions l'organe exécutif ayant, en fait, accaparé le pouvoir législatif, il a été rendu des décrets sur des matières qui étaient du domaine de la loi; la légalité de ces décrets aurait pu être contestée: en fait elle a été acceptée et on les appelle des décrets-lois.

« Il en est de même dans l'*Etat de guerre* lorsque le gouvernement est obligé de régler, par des décrets, des questions urgentes qui en temps normal, n'auraient pu être réglées que par des lois, soit qu'une loi de circonstance lui ait accordé ce qu'on appelle les *pleins pouvoirs*, soit que les nécessités de la défense de l'Etat l'aient contraint à assumer lui-même ces pleins pouvoirs ».

MM. BARTHÉLEMY et DUEZ (*Eléments de dr. const.*, p. 559-600) écrivent : « Les *décrets-lois* qu'il serait plus précis d'appeler les *règlements-lois*, constituent parmi les actes législatifs, une espèce

De cette manière, nous considérons comme fausse cette opinion, qui estime que le régime des décrets-lois suppose, soit l'absence d'une constitution régulière, soit l'absence d'un Corps législatif supérieur au Gouvernement (16). Le régime des décrets-lois n'est concevable, d'une manière principale, qu'en violation d'une Constitution qui organise la compétence législative du Parlement. Il n'y a pas à parler des décrets-lois dans une monarchie despotique; dans un

amphibie : ce sont des règlements parce qu'édictees par le Gouvernement, mais que l'on va traiter comme des lois, à l'instar de celles qui émanent du Parlement. Notamment, le décret-loi pourra régulièrement modifier une loi : à l'inverse, il ne pourra être valablement modifié que par une loi, non par un règlement; il échappera au contrôle juridictionnel (recours pour excès de pouvoir, exception d'illégalité ou d'inconstitutionnalité).

1° « Les décrets-lois apparaissent à des époques *anormales* au point de vue constitutionnel, caractérisées par la *confusion des pouvoirs*. Au lendemain d'une révolution, le gouvernement provisoire constitué concentre dans ses mains les pouvoirs qui, en temps normal, appartiennent respectivement au Parlement et au Gouvernement; il exerce donc dans toute son intégralité la fonction législative. Mais, en s'inspirant du régime des périodes normales, on maintient cependant la distinction du règlement et de la loi et on classe les actes législatifs édictés en deux catégories; ceux qui, en période normale, n'auraient été que des règlements édictés par le Chef de l'Etat, ceux qui, en période normale auraient été des lois édictées par le Parlement. Ce sont ces derniers qu'on appelle *décrets-lois*. On leur réserve alors le régime des règlements purs et simples ». En continuation, les auteurs apportent des exemples historiques de ces décrets, tels qu'ils ont été pris sous le premier et le deuxième Empire et sous le gouvernement de la Défense nationale. D'après M. DUGUIT (Traité de dr. const. T. IV p. 745) « on désigne ainsi les décrets rendus par un gouvernement régulier en dehors du domaine légal du pouvoir réglementaire et aussi les décrets rendus par des gouvernements de fait sur des matières qui, en régime normal, eussent dû faire l'objet d'une loi ». D'après M. JÈZE (Principes généraux de droit adm. II^e éd., p. 22) le décret-loi est la règle de droit générale, impersonnelle, formulée, dans les périodes de dictature, par les individus qui se sont proclamés dictateurs... ».

« M. ROLLAND écrit (*Revue de dr. Publ.* 718, p. 542 et suiv.) : Il convient d'abord, de s'entendre sur l'expression de *décret-loi*... Dans notre langue constitutionnelle, on désigne par là deux sortes de décisions : 1° des décrets de Napoléon, en empiétant sur le domaine du pouvoir législatif, vraiment inconstitutionnels, mais dont l'illégalité est considérée comme couverte à défaut d'un recours au Sénat avant 1814.

pareil régime, la volonté du monarque fait simplement loi, tout élément de comparaison y manque pour différencier la loi du décret.

Toutefois, l'origine de la confusion des pouvoirs présente un intérêt pour l'histoire du droit; elle nous fait connaître l'ambiance qui favorise ce travail législatif arbitraire. Une ambiance particulièrement favorable à cette fin, est l'apparition d'un état de crise dans l'Etat. Or, la guerre

2° « Des décrets rendus par des gouvernements de fait sur des matières qui, en régime normal, eussent dû faire l'objet d'une loi ».

M. CARRÉ DE MALBERG (*Contribution à la théorie générale de l'Etat I*, p. 617, note) écrit : « Le régime des décrets-lois suppose avant tout, comme en 1848, en 1851 et en 1870, l'absence de Constitution régulière, et pareillement l'absence de Corps législatif supérieur au gouvernement; et il implique, par conséquent, le cumul entre les mains d'une autorité unique et maîtresse, des pouvoirs exécutifs et législatifs, ou plutôt il a pour effet d'abolir la distinction entre ces deux pouvoirs. La caractéristique de ce régime, c'est que l'autorité unique, investie de tels pleins pouvoirs, est capable, tout à la fois, d'étendre de par sa seule volonté, sa compétence matérielle à tous les objets sur lesquels elle prétend édicter des règles, et, en outre, d'imprimer à des règles, portées par décrets, une force formelle égale à celle que possèdent les lois dans un régime constitutionnel normal : d'où alors le nom de décrets-lois qui signifie surtout qu'entre les décrets et les lois il n'y a plus de différence vraiment essentielle ».

D'après M. ROGER BONNARD (*Revue de droit public*, 1927, p. 248), le propre des décrets-lois ce « n'est pas de venir modifier une loi, mais de ne pouvoir être modifié lui-même que par une loi » et plus loin : « Le fait que le décret vient modifier une loi et ensuite ne peut être modifié que par une loi, s'explique de la façon suivante : Pour éviter les erreurs et les confusions il faut partir de cette idée, qui est essentielle en la matière, et qui consiste en ceci : Le Gouvernement a compétence pour légiférer concurremment avec le Parlement. Cette compétence résulte d'une coutume constitutionnelle qui a son origine dans l'article 44 de la constitution de l'an VIII. Mais le Parlement est maître de déterminer le domaine dans lequel pourra s'exercer cette compétence du gouvernement. C'est là ce qui reste de ce monopole de la fonction législative au profit du Parlement, que comportait la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs. Le Parlement peut élargir ou restreindre à son gré le domaine du pouvoir réglementaire... En d'autres termes, le Parlement opère de simples déplacements en vertu de sa prérogative de pouvoir législatif... Le décret ne devient décret-loi que lorsque sa matière est soustraite au domaine du pouvoir réglementaire ».

(16) CARRÉ DE MALBERG, op. c. p. 607, note.

mondiale a engendré un état de crise d'une ampleur inaccoutumée dans l'histoire politique des Etats qui y ont participé. L'objet de notre étude sera de connaître ses effets, en tant qu'ils touchent à notre matière.

SECTION II

1. — A la suite de la guerre de 1914-1918, le problème des décrets-lois est devenu, une fois encore, actuel.

Sous l'empire de la nécessité, les gouvernements des pays belligérants et même ceux des pays neutres, n'ont pas toujours pu rester tributaires de la lettre constitutionnelle. Pour assurer le succès de leur entreprise, ils ont été amenés à actionner rapidement, et cela même aux frais d'une violation de la loi.

Une partie importante du droit de ces puissances a été modifiée sous l'empire de la nécessité, soit au moyen des décrets-lois, soit au moyen des décrets pris en vertu des lois des pleins pouvoirs, soit enfin en vertu des lois élaborées régulièrement par les assemblées. Ainsi, c'est la nécessité de défendre l'existence de l'Etat qui a inspiré tout ce travail législatif, qu'il ait été légitime ou non. De cette manière, les décrets-lois ne sont qu'une partie de cet ensemble des mesures spécifiques de guerre, qui ont eu pour but d'assurer l'ordre à l'intérieur et le succès des armes au dehors. Pour avoir une image d'ensemble au sujet de ces mesures, il faudra étudier également la solution à l'état de nécessité, réalisée au moyen d'autres instruments. C'est ce que nous nous proposons de faire dans l'étude présente.

2. — Dans un premier chapitre, on étudiera la solution juridique, c'est-à-dire conforme au droit, et la solution poli-

tique, c'est-à-dire contraire au droit, du problème de la nécessité, telle qu'elle s'est présentée au cours de la guerre mondiale.

Dans un deuxième chapitre, on étudiera la réaction en face de la nécessité, telle qu'elle a été réalisée en France au cours de la guerre de 1914-1918. Nous serons amenés à passer en revue d'abord l'extension des attributions du pouvoir exécutif, en vertu de la législation de l'état de siège, extension légitime; ensuite le travail législatif du gouvernement au moyen des décrets-lois, pour en finir avec les lois d'habilitation.

Le troisième chapitre aura pour objet les décrets-lois en Roumanie.

Le quatrième chapitre aura trait à la théorie du droit de nécessité allemand, théorie qui a trouvé consistance dans les législations positives d'outre-Rhin. Nous serons amenés à fournir quelques développements sur ces législations qui prévoient au Monarque le droit d'édicter des ordonnances de nécessité. En effet, les applications pratiques, au cours de la guerre mondiale, ne sont que les mises en œuvre des dispositions législatives établies d'avance. Ce qui importe, c'est de connaître le fonctionnement du mécanisme.

Le chapitre cinq envisagera la solution de la nécessité en Angleterre et en Italie, Etats à constitution flexible.

Le chapitre six fera l'étude de la solution donnée au problème de la nécessité aux Etats-Unis et en Belgique, Etats à constitution rigide.

3. — De cette manière, notre étude, loin de se limiter à l'élaboration du droit par décrets, envisagera le problème du droit élaboré sous l'empire de la nécessité, dans son entier. L'ensemble de ce droit, nous l'appelons *droit de circonstance*.

Sous ce titre, nous entendons le droit élaboré par le pouvoir exécutif, en vertu : a) des législations de crise, établies à l'avance : système du *Nortverordnungsrecht allemand* ; b) des lois des pleins pouvoirs ; c) des lois d'habilitation limitées.

En conséquence, notre étude aura pour but, d'une part : 1° De faire connaître l'élaboration du droit par décrets-lois, élaboration illégitime ; 2° De faire connaître l'élaboration du droit, destiné à réaliser la réaction en face de la nécessité, au moyen des procédures légitimes, bien que différentes de celles qui ont cours en temps normal. L'ensemble des normes qui en découlent forment le *droit de circonstance*.

CHAPITRE PREMIER

L'Organisation de la nécessité

SECTION I

GENERALITES

Comme nous le disions, nous serons en présence des décrets-lois seulement dans le cas où le pouvoir exécutif empiète sur les attributions du corps législatif, au sens qu'il édicte des règlements sur des matières précédemment régies par des lois et où, en conséquence, l'intervention du législateur aurait été nécessaire pour y toucher. Cette éventualité peut se produire surtout sous l'empire d'un état de crise. Les crises d'ordre interne ou externe, par la brutalité avec laquelle elles font le plus souvent leur apparition, demandent des mesures palliatives qui doivent être prises dans un minimum de temps pour être efficaces. Il arrive, et cela plus souvent qu'il ne serait désirable, que la réaction en face du danger ne puisse être réalisée par les moyens légaux qui sont à la disposition du gouvernement. Logiquement, l'impasse devrait être solutionnée par l'intervention du pouvoir législatif — c'est à lui de rectifier le droit en vue des circonstances changées, afin de le faire correspondre à la réalité des choses. Il pourrait, au moyen des mesures législatives, amender le droit afin qu'il réalise une meilleure réaction en

face du danger. Prenons un exemple : un Etat en guerre se voit menacé par la famine ; afin d'éviter le gaspillage des denrées, le Parlement restreindra la liberté du commerce de celles-là. Rien de plus facile que de porter une nouvelle réglementation au sujet de ce commerce. Dans cette hypothèse, aucune difficulté, le gouvernement appliquera la nouvelle loi et le péril sera circonscrit. Mais, précisément, une des caractéristiques du pouvoir législatif, c'est son mode d'activation abrupte, son travail en sessions. Or, il arrive que le danger fait son apparition justement dans un laps de temps qui concorde avec la vacance du Parlement. Cette vacance peut être survenue soit à la suite d'une dissolution (hypothèse exceptionnelle en droit public français), soit à la suite d'une clôture normale de la session, ce qui, finalement, est sans importance pour la suite. Ce qu'il faut mettre en évidence, c'est l'impossibilité de réunir le Parlement dans le minimum de temps désirable pour qu'il puisse doter le gouvernement des armes susceptibles de parer au danger. Sous l'empire de la nécessité, le gouvernement ne pourra hésiter dans son choix : d'une part il y aura la menace du danger et, de l'autre, son impuissance à le parer avec des armes légales. Son devoir sera de recourir à des armes extralégales, même si, par ce fait, il venait heurter la constitution. La vieille maxime qui traduit une vérité éternelle, la maxime romaine : « *Salus reipublicæ suprema lex* » entrera en jeu ; il n'y a pas d'hésitation possible entre l'intérêt primordial de conserver l'Etat et entre le respect d'une règle juridique, serait-elle même d'ordre constitutionnel.

Mais cela ne signifie pas que l'action gouvernementale qui va à l'encontre de la loi est régulière : elle est nécessaire, voilà tout. Le nier, serait méconnaître la réalité. C'est une

illégalité nécessaire, voilà tout ce qu'on peut dire. L'action gouvernementale sera une infraction à la légalité constitutionnelle. Le décret gouvernemental qui édicte des règles juridiques qui auraient demandé une intervention du Corps législatif, sera un décret-loi infraction. Si la sanction de la violation de la légalité est la responsabilité politique ou pénale, ses auteurs l'encoureront. C'est la solution indiscutable et certaine.

A en croire la doctrine allemande et en particulier BORNHAK (1), c'est pour échapper à la violation de la constitution que la législation allemande positive a organisé le recours aux ordonnances de nécessité, au *Notverordnungsrecht*. Quoi qu'il en soit de cette affirmation, une chose est certaine : l'hypothèse des décrets-lois infractions ne se présentera jamais en droit allemand, au moins quand il s'agit des mesures prises par le gouvernement sous l'empire de la nécessité, justement en vertu de la réglementation aprioristique de l'état de nécessité. Cela nous indique la première et la plus importante solution de l'état de nécessité. Elle est le propre de l'Allemagne, qui a su la développer à un degré très remarquable.

La deuxième solution propre à tirer de l'embarras, est le recours aux pleins pouvoirs. Mais elle n'est concevable qu'à l'intérieur d'une organisation étatique donnée. Elle suppose, soit une constitution flexible, soit l'inexistence de la séparation des pouvoirs comme principe d'ordre constitutionnel. La deuxième hypothèse est à éliminer, car, aujourd'hui au moins, la séparation des pouvoirs est partout un principe concrétisé dans un cliché constitutionnel. Donc, dans un Etat

(1) BORNHAK : Allgemeine Staatslehre, p. 151.

à constitution flexible, la solution de l'état de nécessité et, en conséquence, l'évitement de l'obligation de violer la légalité sous son empire, sera aisée; le pouvoir législatif qui peut modifier la constitution sans aucune procédure solennelle pourra valablement modifier la répartition des compétences dans l'Etat, attribuant ainsi la compétence d'élaborer une partie du droit, au pouvoir exécutif. C'est un procédé excellent pour maintenir intact le régime de la légalité. Une fois le danger passé, le parlement n'aura qu'à opérer une « restitution in integrum » de ses prérogatives. Les avantages de cette solution ont été aperçus par l'Italie et par l'Angleterre, qui n'ont pas hésité à se fier, au cours de la guerre mondiale, à l'expéditivité gouvernementale pour tout ce qui avait trait à la défense nationale. D'après la définition que nous avons donnée aux décrets-lois, les mesures prises en habilitation d'une pareille autorisation ne rentrent pas dans cette catégorie. Ce sont de simples mesures légales, répondant à tous les mandements de la constitution changée. Mais, pour éviter de recourir aux décrets-lois, encore faudra-t-il que l'habilitation gouvernementale avec la fonction législative, soit opérée en temps utile. Le problème des décrets-lois reste entièrement sur pied, au cas où cette habilitation viendrait à manquer et en même temps si le gouvernement prenait de son propre gré des mesures législatives.

Le recours aux pleins pouvoirs est, par contre, quasi-impossible dans un constitutionnalisme rigide. Dans un pareil régime, les diverses compétences ont été attribuées aux divers corps politiques, par la volonté constituante, supérieure en efficacité à n'importe quelle autre volonté. Les corps politiques, gouvernement et assemblée, devront les exercer en conformité avec cette volonté constituante, exprimée une fois

pour toutes, bien que ce soit une façon de parler. En particulier, la fonction législative a été confiée aux assemblées, ce qui veut dire que nul autre organisme dans l'Etat ne pourra l'exercer à ses lieu et place. Dans ce cas, les assemblées n'exercent pas un droit, elles exercent une fonction : en conséquence, on doit envisager la fonction que la volonté constituante leur attribue non comme une latitude, mais comme un devoir de pourvoir à l'élaboration des normes juridiques. Le corps législatif ne se pourra décharger de cette fonction sur aucun autre organisme dans l'Etat, car cela signifierait aller à l'encontre de la volonté constituante. Toute convention ou connivence, en vue d'une telle dérogation, serait nulle et inopérante : le pouvoir une fois délégué ne se délègue pas à son tour, *delegata potestas non delegatur*. En conséquence, le corps législatif qui doit seul élaborer le droit, car telle a été la volonté constituante, ne pourra habiliter le gouvernement de le faire pour lui. Le seul moyen pour parvenir à ce résultat sera de modifier la constitution. La nouvelle volonté constituante pourra opérer une nouvelle répartition des compétences, en l'espèce pourra habiliter avec la fonction législative le gouvernement. Mais, à défaut d'une pareille procédure, le corps législatif ordinaire sera impuissant à le faire. Une loi des pleins pouvoirs est exclue ici par le jeu des principes les plus certains. Il importe de souligner la difficulté de mettre en mouvement une pareille procédure dans un constitutionnalisme rigide ; c'est pour cette raison que nous avons dit que le recours aux pleins pouvoirs est une quasi impossibilité dans un régime pareil.

Dans les deux hypothèses précédentes, à savoir dans l'organisation aprioristique de la nécessité et dans l'organisation de la nécessité au moyen des pleins-pouvoirs, nous som-

mes en présence de la solution juridique du problème. Le régime de la légalité se maintiendra intact, même en cas de crise. Evidemment, c'est la solution idéale du problème. Il reste acquis que la machine parlementaire est impropre pour une action rapide. Le culte du bavardage qui y règne, l'incompétence, voire même l'incompréhension que certains partis politiques témoignent pour le danger qui menace l'Etat, risquent de compromettre le but d'une action salutaire, qui ne sera telle que si elle est entreprise d'une manière expéditive. Or, attendre le vote d'une loi qui met le gouvernement dans la possession des armes appropriées, équivaut souvent à la consommation du danger. Tandis que le gouvernement qui aura légalement à sa disposition tous les moyens de défense qui peuvent lui être nécessaires, réalisera une réaction infiniment supérieure à celle qu'on peut escompter de la part du parlement.

Mais il y a la troisième hypothèse, qui nous ramène de nouveau aux décrets-lois. Cette hypothèse se présentera dans le cas d'un Etat régi par une constitution rigide, dans laquelle aucune dérogation n'est prévue au principe de la séparation des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif, sous l'empire de la nécessité; sous le régime d'une constitution semblable, l'action gouvernementale débordante équivaudra à la violation de celle-ci.

C'est en vue de cette dernière hypothèse qu'on a cru pouvoir utiliser la théorie d'un droit de nécessité inhérent à chaque Etat, droit qui serait supérieur en efficacité au droit écrit. C'est la célèbre théorie d'un droit de nécessité naturel, dont les protagonistes furent FICHTE, HEGEL, et, plus récemment, KOHLER. Mais, comme nous essayerons de le démontrer plus loin, la nécessité en soi ne peut servir de support à la

légalité. L'abîme entre le droit et le fait est irrémédiable dans pareille situation. Ce qui ne signifie nullement qu'on doit sacrifier le pays à la légalité. Il est absurde et criminel, à la fois, d'affirmer que périclisse plutôt le pays qu'un principe. Si le salut de l'Etat le réclame, le gouvernement qui a la responsabilité de ce salut n'hésitera pas à sacrifier la légalité. « Si en face d'une éventualité qui aurait mis la patrie en danger le gouvernement n'avait pas trouvé dans la loi la possibilité de défendre l'existence de la nation en sauvegardant ses frontières, s'il n'avait pu s'assurer la disposition de ses chemins de fer, c'est-à-dire des instruments essentiels de la défense nationale, eût-il dû recourir à l'illégalité, il y serait allé, son devoir eût été d'y aller », telles sont les paroles judicieuses du grand homme d'Etat que fut M. BRIAND. En pareil cas nous restons attachés à la solution que nous indique la théorie des *bills of indemnity*, comme à la seule acceptable : sous l'empire de la nécessité, le gouvernement pourra et devra sacrifier la légalité. Il commet une infraction. C'est à la collectivité ou à son représentant autorisé de l'en absoudre, d'assurer son impunité.

En traduction de ces vues esquissées d'une manière sommaire, la section II et III du présent chapitre étudiera d'abord la solution juridique de la nécessité, pour conclure avec la solution extra juridique, où seront passées en revue, tant les différentes théories de la nécessité, que la théorie des *bills of indemnity*.

SECTION II

LA SOLUTION JURIDIQUE

1 — LE « NOTVERORDNUNGSRECHT » ALLEMAND

L'organisation aprioristique de la nécessité, telle qu'elle a été faite par les législations allemandes et par les Etats qui les ont adoptées, fera, en raison de son importance toute particulière, l'objet d'un chapitre spécial, du chapitre IV. Ce que nous anticipons, c'est qu'elle n'est pas le produit spontané du législateur. L'institution a des racines lointaines dans les pratiques monarchiques de l'Empire allemand. Bien que les constitutions allemandes l'aient consacré expressément en faisant ainsi une entité juridique écrite de la faculté du monarque de légiférer par ordonnances, mais cela ne signifie autre chose que ceci : elles ont fait œuvre de constatation. Le « *Notverordnungsrecht* » a sa paternité dans les pratiques permanentes du monarchisme allemand. En effet, aux termes de ces pratiques, le monarque aurait le droit de prendre, chaque fois que la nécessité l'impose, toutes mesures appropriées, même de l'ordre législatif. Cette manière de voir est en étroite corrélation avec une certaine forme d'organisation étatique, d'après laquelle l'organe essentiel de l'Etat est le monarque. En conséquence, il jouit d'une façon principiaire de l'universalité des compétences dans l'Etat; mais il s'est dépouillé d'une partie, il a abandonné leur exercice à des organes subalternes; ainsi il a consenti à partager le pouvoir législatif avec des assemblées élues par le peuple. Par contre, rien ne l'empêche de reprendre ce qu'il a abandonné temporairement. De cette manière il reprendra l'exercice du pou-

voir législatif dans son entier, chaque fois qu'un danger menacera son Etat. La volonté unique est censée mieux réaliser la réaction en face du danger que la volonté collective qui met du temps à délibérer et à arrêter les mesures urgentes commandées par la défense de l'Etat. Ainsi le monarque pourra légiférer sous l'empire de la nécessité. C'est la fameuse thèse du « jus eminens », organiquement liée à la monarchie du type allemand. L'idée directrice de cette pratique a été reprise par les législations allemandes positives, aboutissant au célèbre « *Notverordnungsrecht*. ».

Les Etats allemands qui l'ont consacré, sont les Etats de Bade (Loi constitutionnelle du 22 août 1818, par. 66, alinéa 2); Wurtemberg (Constitution du 25 septembre 1816, par. 89); Hesse (Constitution du 17 décembre 1860, art. 73); Saxe-Altenbourg (Loi constitutionnelle du 29 avril 1831, par. 211); Saxe (Constitution du 4 septembre 1831, par. 88); Braunschweig (Nouvel ordre étatique du 12 octobre 1832, par. 120); Saxe-Weimar-Eisenach (Loi fondamentale révisée du 15 octobre 1830 portant sur la constitution du 15 mai 1816, par. 61); Prusse (Constitution du 31 janvier 1850, art. 63); Reuss, branche cadette (Loi fondamentale d'Etat du 14 avril 1852, par. 66); Saxe-Cobourg-Gotha (Loi fondamentale d'Etat du 3 mai 1852, par. 130); Waldeck (Constitution du 17 août 1852, par. 7); Oldenbourg (Loi fondamentale d'Etat révisée du 22 novembre 1852, art. 137); Schwartzbourg-Rudolstadt (Loi fondamentale du 21 mars 1854, par. 25); Schwartzbourg-Sonderhausen (Loi fondamentale d'Etat du 8 juillet 1857, par 39); Anhalt (Ordre d'Etat de 1859, par. 20); Reuss, branche aînée (Constitution du 28 mars 1867, par. 67, alinéa 2); Lippe (Loi du 8 décembre 1867, par. 3); Schaumbourg-Lippe (Loi constitutionnelle du 17 Novembre

1868, art. 31); Bavière (Code pénal de police du 26 décembre 1871, art 9).

Par contre, la constitution fédérale de l'Empire, du 16 avril 1877, ne renferme aucune disposition dans ce sens. Mais, dans son article 68, elle autorise l'Empereur à décréter l'état de siège dans tout ou dans une partie de l'Etat. Jusqu'à la confection d'une loi spéciale (qui n'a pas été faite par la suite), la loi prussienne du 4 Juin 1851 s'appliquera toujours. En vertu de cette loi, l'Empereur acquiert des pouvoirs dictatoriaux en cas de guerre, en pouvant modifier les lois en vigueur, conformément aux dispositiöns de cette loi. Quant à l'Alsace-Lorraine, l'Empereur y reçoit le droit de légiférer par ordonnances, par la loi impériale du 25 juin 1873.

En Autriche, l'Empereur bénéficie également du « *Notverordnungsrecht* » en vertu de la loi du 21 décembre 1867, qui modifie la loi fondamentale d'Etat du 26 février 1861.

Quant aux Etats réceptionnaires de cette institution, il faut citer notamment la Russie (loi fondamentale d'Etat du 26 avril 1900, art. 87), le Japon (Constitution du 11 février 1889, art 8) et l'Empire ottoman (Constitution du 22 décembre 1876, art. 36).

Comme nous le disions, la solution anticipative du problème de la nécessité, est en soi la solution idéale. Il faut bien rendre hommage à la science juridique allemande d'avoir fait une entité rigoureusement juridique de ce qui auparavant était une coutume assez vague. Ainsi, notre tâche sera d'étudier le mécanisme de cette institution, mieux que sa mise en œuvre pratique, car il faut bien le dire, l'application qu'on a fait de ces principes a été bien souvent mauvaise. En effet, on ne pouvait concevoir dans un monarchisme comme celui du Reich, la mise en œuvre pratique de la responsabilité exé-

cutive pour les malversations avec la latitude d'édicter des ordonnances de nécessité. En passant outre aux abus de la pratique, nous insisterons sur la solution *de lege lata*, sur l'institution telle qu'elle ressort du droit positif, en laissant de côté les contingences journalières qui l'entouraient.

2. — LE SYSTÈME DES PLEINS POUVOIRS

La solution du problème de la nécessité au moyen des pleins pouvoirs accordés au gouvernement, a été la solution de l'Angleterre et de l'Italie. Nous laissons de côté la Suisse, car dans la confédération helvétique, cette solution n'a été rien moins qu'inconstitutionnelle. Les principes et la mise en œuvre du mécanisme ne sauraient mieux ressortir qu'à la suite de l'observation de la pratique telle qu'elle s'est manifestée dans les deux grandes puissances belligérantes. Ainsi, nous renvoyons au chapitre V, qui traitera de l'extension des pouvoirs du gouvernement dans les deux royaumes.

Toutefois, nous anticipons ceci : tandis que le gouvernement anglais a su honorer la confiance du Parlement, en se maintenant dans les limites de son habilitation, en même temps le gouvernement italien, beaucoup moins soucieux des confins imposés par la loi des pleins pouvoirs à son activité, n'a pas hésité à passer de la dictature du droit à une dictature de fait, qui n'a été légitimée par rien.

SECTION III

LA SOLUTION POLITIQUE

1. — LA THÉORIE DU DROIT DE NÉCESSITÉ NATUREL

L'idée directrice de cette théorie est que la nécessité apporte avec elle sa loi d'exception, loi naturelle qui est plus forte et qui prime la loi écrite. Ainsi il n'y a pas à rechercher un autre fondement à l'affranchissement sous l'empire du droit, en cas de nécessité. Le droit de nécessité est un droit naturel, inhérent non seulement à l'individu, mais également à l'Etat, d'abord dans ses relations vis-à-vis de ses sujets et ensuite vis-à-vis d'autres Etats. D'après cette théorie, la caractéristique de l'état de nécessité est l'existence d'un conflit entre deux intérêts antagonistes, qui tous les deux bénéficient de la protection juridique. Quand la solution de ce conflit ne peut se trouver à l'intérieur de l'ordre légal, il n'y a qu'à reconnaître la suspension de l'empire de cet ordre et son remplacement par l'ordre naturel : le conflit de deux intérêts va se résoudre par l'équilibre des forces antagonistes en présence (2). Cette conclusion, enfantée par la doctrine allemande, se trouve exprimée d'une manière particulièrement saisissante sous la plume de FICHTE (3). « Si je n'ai pas le droit positif de sacrifier la vie d'une autre personne à la sauvegarde de mon existence propre, d'autre part cet acte n'est non plus attentatoire à un droit positif de cette personne. Il ne reste à dire qu'en pareil cas, il n'est plus question de droit. Le droit

(2) RARINCESCO : Les décrets-lois et le droit de nécessité (en roumain) p. 166.

(3) FICHTE, chez WISSCHER : Les lois de la guerre et le droit de nécessité, p. 18.

à la coexistence se trouve exclu ici par la nature elle-même. La décision ne relève désormais que de la force physique et de l'arbitraire. Et toutefois, les deux individus en présence étant en principe soumis à la règle de droit et, l'acte accompli, destiné à tous autres égards à rentrer sous sa dépendance, le *Notrecht* doit être entendu comme le droit de se considérer comme affranchi de toutes les prescriptions de l'ordre légal ». Mais si la solution du conflit en cas de nécessité ne peut se réclamer de la légalité écrite, elle peut au moins se réclamer du droit naturel. C'est la conclusion à laquelle aboutit l'école de HEGEL (4) : L'état de nécessité n'est pas une situation soustraite à l'empire du droit: la nécessité est une véritable source de droit; elle apporte avec elle sa loi particulière, loi d'exception qui remplace les principes ordinaires de l'ordre juridique. A l'appui de cette assertion, l'école (5) invoque sa théorie de la hiérarchie des valeurs : « la vie humaine étant la somme de tous les biens de l'existence, sa conservation doit en cas de conflit, pouvoir être assurée par le sacrifice de tout autre bien secondaire, l'infini l'emportant sur le fini, l'essentiel sur l'accidentel ». En conséquence, il y aurait d'abord un droit de nécessité au profit de l'individu, pour la conservation de sa vie, qui est son bien suprême. De même, il y aurait un droit de nécessité au profit de l'Etat quand il s'agirait de sa conservation. Cette conception est particulièrement applicable à l'intérieur de l'Etat. En effet, à l'intérieur, le citoyen dont l'intérêt viendrait en conflit avec celui de l'Etat, cet intérêt ne serait-il pas l'intérêt secondaire, l'accidentel, tandis que l'intérêt de l'Etat, c'est l'intérêt primordial, permanent ? Il ne serait que légitime que l'infini l'emporte sur le

(4) Chez Wisscher, op. c. p. 18.

(5) (*ibid*).

fini, la règle sur l'accident. Vis-à-vis d'autres Etats, il est vrai qu'on est en présence d'intérêts également primordiaux, également essentiels. Pour sortir de l'impasse il n'y a qu'à recourir à la formule de FICHTE et de KOHLER (6): « Quand l'organisation juridique ne fournit pas le moyen de résoudre le conflit, le droit doit s'incliner devant le fait et donner raison au vainqueur : *factum valet* ».

A en arriver à déclarer ces vues applicables aux relations de l'Etat avec ses sujets, et aux relations des Etats entre eux, équivaut à une conception désastreuse sur ce prétendu droit naturel. C'est le règne de la pure force qui en résulte, comme la pratique s'est chargée de le démontrer aisément. C'est ce qu'ont exprimé MM. BARTHÉLÉMY et DUEZ (7) en écrivant qu'« on en juge l'arbre à ses fruits. C'est avec une telle doctrine que les juristes allemands ont cherché à légitimer la politique du traité-chiffon-de-papier, l'invasion de la Belgique, la violation systématique des lois de la guerre ».

La différence entre la théorie politique et la théorie juridique de la nécessité, est la suivante : tandis que dans la deuxième, la nécessité n'est que la condition déterminante du droit, mais que ce droit s'élabore, une fois cette condition accomplie, par des organes prévus dans la loi, à l'encontre de cela, la théorie politique envisage la nécessité comme source immédiate, intrinsèque du droit. Or, pour préciser, la nécessité serait à la fois, et la cause immédiate du droit, *la causa proxima*, et la forme de la matérialisation du droit. Mais c'est une pure construction de la raison, et de quelle raison ! Adopter pareille conception serait anéantir d'un seul coup tout l'effort accompli par l'humanité jusqu'à présent, pour se sous-

(6) KOHLER : Not kennt kein Gebot., p. 22-23.

(7) Traité de droit constitutionnel p. 240.

traire à l'empire de la pure force. Ce serait le retour à la barbarie, la résolution de tout conflit d'une manière violente, la suprématie de la force brachiale ! Ainsi, ce fondement a été jugé insuffisant par nombre d'auteurs allemands, pour la construction d'un droit de nécessité spontané ; en conséquence, on a cru voir le point de départ pour ces conclusions dans deux dispositions législatives : le paragraphe 54 du Code pénal allemand et le paragraphe 404 du Code Civil allemand (8).

Le paragraphe 54 déclare non punissable l'acte accompli dans un état de nécessité non imputable à l'agent qui s'en prévaut pour la protection de l'existence ou de l'intégrité corporelle, soit de l'agent lui-même, soit de ses proches parents.

Le paragraphe 904 refuse au propriétaire le droit de s'opposer à l'immixtion d'un tiers dans son patrimoine lorsqu'elle est nécessitée par la menace d'un préjudice incomparablement supérieur à celui que cette immixtion entraîne.

Mais c'est à tort qu'on invoque ces textes. Le paragraphe 54 se borne à déclarer non punissables (*eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden*) les actes accomplis sous l'empire de la nécessité. Mais de là à la construction d'un droit de nécessité, il y a une distance énorme. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la loi pénale assure dans ce cas l'impunité à un acte délictueux en soi, en raison des circonstances subjectives attachées à la personne de l'agent. Mais l'agent n'a pas exercé un droit de nécessité, loin de là, du point de vue objectif il a commis un délit. D'ailleurs, la portée de cet article est extrêmement controversée, et en doctrine, et en jurisprudence allemande.

(8) WISSCHER, op. c., p. 20.

Quant à la deuxième hypothèse, à la rigueur on pourrait entrevoir un rudiment de droit de nécessité, mais qui ne met pas en présence deux êtres vivants. C'est un rapport d'un être à un droit d'autrui, qu'il va sacrifier pour s'épargner un préjudice infiniment supérieur. C'est un rapport patrimonial ; mais d'après cela, on ne peut raisonner à un conflit qui met aux prises deux vies humaines ou deux collectivités. L'analogie des données n'existe pas, *ni mutatis mutandis*. C'est donc une tentative tout à fait infructueuse que de rechercher les traces d'un droit de nécessité dans la législation positive.

A part cela, cette conception d'un droit de nécessité au profit de l'Etat et au détriment de ses sujets, suppose comme prémisse qu'il y aurait une personne Etat (9), qui assumerait des obligations et des droits indépendamment de ses sujets. Parmi ces droits figurerait, en temps de crise, le droit de nécessité naturel. Cette conception peut prévaloir dans une monarchie du type allemand, mais jamais dans une démocratie. Dans une démocratie, l'Etat n'existe que dans l'intérêt des sujets ; il doit y avoir, en conséquence, convergence entre les intérêts des sujets et de l'Etat. Il ne peut y avoir conflit entre l'intérêt de l'Etat et celui de la collectivité, qu'il représente. Les vices fondamentaux de la théorie allemande ont été très bien résumés par MM. BARTHÉLEMY et DUEZ (10), qui en parlant de la théorie de la nécessité au profit de l'Etat, écrivent : « Elle dispenserait l'Etat de l'observation des règles de droit et notamment de ses engagements vis-à-vis des particuliers et vis-à-vis des autres Etats. C'est évidemment l'aspect le plus grave de la théorie de la nécessité. Elle se résume dans la for-

(9) V. aussi JÈZE. L'exécutif en temps de guerre. *Revue de droit public*. 1917, tiré à part, p. 111 suiv.

(10) *loc. cit.*

mule romaine « *Salus populi suprema lex* ». De ce sentiment instinctif de défense naturelle exprimé brutalement dans la précédente formule, la doctrine allemande avait vigoureusement construit la théorie. Les Gerber, les Iherin, les Jellinek, les Kohler, ont traduit en formules juridiques les doctrines de Hegel. Leurs constructions théoriques peuvent se résumer dans ces trois propositions : 1) c'est l'Etat qui crée le droit ; 2) il s'y soumet lui-même par intérêt ; 3) par conséquent, il n'y est plus soumis lorsque son intérêt est en sens contraire. Dans cette conception, il n'y a pas à proprement parler de règle de droit s'imposant à l'Etat : l'Etat n'est subordonné au droit que s'il le veut, dans la mesure où il le veut, et pendant le temps où il le veut. Cette soumission au droit n'est pas le résultat d'une obligation quelconque, mais uniquement un artifice, une habileté politique : l'Etat en agissant ainsi s'aperçoit qu'il est mieux obéi et que sa force est mieux assise. Donc, l'Etat ne sera jamais obligé de respecter le droit... »

Quant à l'application de cette théorie dans les relations internationales, il est inutile de dire que ce fait équivaut à l'anéantissement de toute idée de droit et de justice. Elle fait de la solution par la pure force, le seul moyen d'aplanir un litige entre Etats. En effet, chaque Etat pourra invoquer avec le même titre légitime son intérêt primordial ; chaque Etat sera dispos d'envisager le conflit d'une manière subjective. Ainsi tout va se résoudre par un rapport des forces. Toute idée de justice transcendante, d'équité, est reléguée sur un plan inopérant, mieux, elle est exclue *ab initio*.

La vérité, c'est que la nécessité ne peut s'identifier au droit. La nécessité est un fait. Elle indique seulement qu'il y a lieu de changer le droit, qui ne correspond plus à la situa-

tion nouvelle qu'elle enfante. Elle peut être la cause déterminatrice du droit : sous sa pression, le droit peut se trouver changé ; mais cela pas avec le concours de la seule nécessité. Le droit sera changé en conformité avec les mandements de la nécessité par l'organe régulier prévu pour cela, et par la procédure légale prévue à cet effet. Toute autre solution est arbitraire et antijuridique. Elle serait une solution de fait, une solution politique. L'Etat moderne est un Etat de droit : à son inférieur, toute activité doit se réclamer du droit en vigueur, être en conformité avec ce droit. Et alors, si ce droit en vigueur n'a rien prévu pour la solution de l'état de nécessité, la nécessité en soi n'est pas suffisante pour créer des règles juridiques nouvelles. Mais, de là, on ne peut pas conclure à l'abandon de toute défense en face du danger représenté par l'état de nécessité. Certainement, le devoir primordial est de sauver l'Etat, même en violant la légalité ; mais en faisant cela, on n'exerce pas un droit, on fait seulement son devoir. On le fait tout en revêtant son action d'un habit délictueux. Comment on acquiert l'impunité pour cette action délictueuse, sera l'objet des développements sur la théorie des *bills of indemnity*.

2. — LES THÉORIES DE MM. DUGUIT, BARTHÉLEMY ET HAURIOU

Un point de vue assez voisin de celui du droit de nécessité naturel, est celui de M. DUGUIT, toutefois avec le correctif important qu'il renferme l'exercice de ce droit dans des limites précises.

En effet, d'après M. DUGUIT (11), le gouvernement peut,

(11) Traité de droit constitutionnel, Tome III, p. 753.

sous la pression de la nécessité, édicter régulièrement des règlements d'ordre législatif suspendant, modifiant ou abrogeant une loi formelle existante, sous les trois conditions suivantes :

1° Il faut qu'il y ait une guerre étrangère, une insurrection à main armée ou une grève générale des fonctionnaires ;

2° Il faut qu'il y ait impossibilité matérielle de réunir le Parlement, ou du moins une telle urgence qu'on ne puisse pas attendre l'expiration du délai minimum indispensable pour le convoquer et le réunir ;

3° Il faut que le règlement législatif soit fait avec l'intention, exprimée ou non, mais réelle, qu'il soit soumis à la ratification du Parlement à sa première réunion, dès qu'il sera possible de le réunir.

Ce que nous dirons de la théorie de M. DUGUIT, c'est qu'elle renferme un vœu, mais qu'elle ne recouvre pas une réalité juridique. C'est une pure construction de la raison, nulle part trouvable en droit positif. On ne peut pas dire que le gouvernement peut, sous la pression de la nécessité, édicter des règles d'ordre législatif, si cette faculté n'est pas prévue d'avance dans l'ordre juridique de l'Etat respectif. Evidemment, le gouvernement le fera : mais pas en vertu d'un prétendu droit dont la doctrine le gratifie. Nous disons encore une fois, qu'en faisant cela, le gouvernement engage sa responsabilité pénale et politique.

Quant aux trois conditions indiquées pour l'exercice de ce prétendu droit de nécessité, elles ne sont que la traduction française des conditions de l'exercice du « *Notverordnungsrecht* » allemand, telles qu'elles se trouvent dans la plupart des constitutions allemandes.

Les vues exprimées par M. BARTHÉLEMY à ce sujet, sont

également très intéressantes (12). On y lit : « De l'unanimité impressionnante des droits publics de toutes les nations civilisées on est bien obligé de conclure qu'un grave péril national peut excuser un certain relâchement des scrupules constitutionnels. Les lois sont faites pour les citoyens et non les citoyens pour les lois.

« Aux situations exceptionnelles, il faut des remèdes exceptionnels : c'est le salut du pays qui est la loi suprême ». En continuation, le savant auteur relate, à titre l'exemple, le recours du gouvernement français à l'illégalité, lors des célèbres affaires de Fachoda et d'Algésiras, pour conclure que « cet usage de l'illégalité doit, sans aucun doute, demeurer strictement, rigoureusement exceptionnel ; il ne faudrait pas qu'un gouvernement peu scrupuleux s'en servît pour se mettre au-dessus des lois. Je crois que le respect de la légalité est un des principes les plus essentiels, et de ceux qu'il importe le plus de rappeler en présence du mouvement irrévencieux qui, au cours de ces dernières années, s'est dessiné à l'encontre de la loi, dans l'opinion publique, dans les milieux gouvernementaux et jusque dans la doctrine juridique la plus sévère ». Mais M. BARTHÉLEMY entend renfermer l'exercice de l'illégalité, car il voit dans l'action gouvernementale une illégalité, dans les limites étroites : « l'illégalité est exceptionnellement nécessaire. Mais le recours à l'illégalité est une mesure dangereuse qu'on ne saurait entourer de trop de restrictions et de garanties. Il doit y avoir d'abord une garantie de forme : c'est le contrôle du Parlement. Dans notre constitution, le Parlement peut toujours se réunir quand il en a la ferme volonté : cette garantie n'est donc pas illusoire. Le recours anor-

(12) Le droit public pendant la guerre, p. 32.

mal à l'illégalité doit être en second lieu restreint dans des limites étroites quant aux circonstances qui le légitiment. On peut, semble-t-il, les ramener à ces simples éléments : 1° péril vraiment national et non simplement politique ; 2° nécessité ; 3° urgence ; 4° impossibilité grave de suivre les formes et de respecter les compétences constitutionnelles pour adapter les lois aux besoins impérieux du moment ». Nous n'avons rien à ajouter ; le savant auteur a résumé d'une manière particulièrement suggestive tout le problème. Seulement, quant aux limites avec lesquelles on entoure le recours à l'illégalité, nous dirons que ce sont des limites souhaitables, afin que l'exercice en soit modéré, mais qu'elles ne correspondent à aucune réalité qui pourrait imposer son respect au gouvernement. Ainsi, le gouvernement pourra légiférer même à l'époque de la réunion du Parlement, sans que pour cela l'illégalité de son procédé soit accru. Nous préférons la construction simple et précise du droit anglais, en vertu de laquelle le jugement unique au-dessus de l'initiative gouvernementale appartient au Parlement, qui détermine, de cas en cas, et non d'après des règles préfixes, l'impunité à lui accorder.

La théorie de M. HAURIOU, qu'il n'a fait d'ailleurs qu'esquisser, de reprendre une thèse ancienne, pourrait s'appeler la théorie de la *légitime défense au profit de l'Etat*. En effet, en parlant des nécessités de l'état de guerre et des modifications aux règles ordinaires du droit sous son empire, M. HAURIOU écrit : « A notre avis la solution doit être tirée de l'idée de la *légitime défense*. Il s'agit de savoir si, au moment où le pouvoir exécutif a pris les mesures nécessaires, l'Etat était ou non, du fait de la guerre, en état de légitime défense vis-à-vis des individus contre lesquels étaient dirigées les réglementations ou les mesures individuelles (défaitistes,

espions, fonctionnaires qui s'insurgent, boulangers qui gaspillent les farines en des pâtisseries). L'état de guerre ne fait qu'ouvrir pour l'Etat une possibilité d'invoquer le droit de légitime défense en des matières où cette possibilité n'existe pas dans l'état de paix ».

D'après le droit pénal (13), pour que la légitime défense soit acquise, il faut :

1° Que celui qui prétend avoir agi en état de légitime défense, justifie l'existence d'une agression ;

2° Que l'agression soit actuelle, une agression future ou une agression passée n'autorisent donc pas celui qui a violé la loi pénale à prétendre qu'il a agi en état de légitime défense ;

3° Que l'agression soit injuste.

Mutatis mutandis, quant à la première condition à remplir, nulle difficulté particulière, la preuve de l'agression sera aisée à fournir par l'Etat. La difficulté gît autour de la deuxième condition. En effet, l'instrument de la légitime défense sera le plus souvent un décret-loi, si on veut tirer tout le rendement de cette théorie ; or, le moyen qui réalise la légitime défense doit être un moyen *intuitu personae*, modelé sur l'agression. Mais la caractéristique du décret-loi est qu'il statue d'une manière impersonnelle et future, comme la loi. En conséquence, il y a au moins incompatibilité entre ce caractère du décret-loi et l'usage qu'on prétend en faire. Pour éviter cette difficulté on devrait conclure que le décret-loi ne peut s'appliquer qu'à des faits actuels à son édicition, bien entendu, si le décret a été assez adroit pour les prévoir et les sanctionner ; il ne pourra s'appliquer ni à des faits futurs, ni à des faits passés.

(13) ROUX : Cours de droit criminel français, I, p. 86 ; ss.

En conséquence, cette théorie de la légitime défense a un champ d'application bien trop restreint : utilisable, à la rigueur en face d'agressions singulières, mais ici encore, point en vertu des moyens de défense impersonnels que comporte le décret-loi, mais plutôt en vertu des réactions « manu militari » ; en aucun cas, on ne pourrait édicter des sanctions en se réclamant d'elle, car le propre de la légitime défense est non de punir, mais de se préserver contre l'intensification ou la répétition d'une agression. On ne voit pas très bien, en application rigoureuse des principes de la légitime défense, ce que l'Etat pourra entreprendre envers l'agresseur, une fois qu'il est mis hors d'état de nuire ; en aucun cas il ne saura lui infliger une peine. La peine serait certainement arbitraire ; de son côté, la réaction en raison de la légitime défense sera souvent insuffisante pour statuer avec la force d'un exemple.

C'est pour ces raisons qu'on devra abandonner cette explication, bien qu'elle soit assez suggestive de prime abord.

3. — LA THÉORIE DES BILLS OF INDEMNITY

Nous croyons avoir démontré l'incompatibilité entre la thèse d'un droit de nécessité naturel, le même pour tous les Etats, avec l'idée moderne du droit. La même solution est donnée par M. JÈZE (14). En effet, le savant auteur écrit : « L'étude comparative des institutions politiques des différents pays de l'Europe continentale et des Etats-Unis de l'Amérique du Nord révèle l'existence non d'un « droit de nécessité naturel », le même dans tous les Etats, mais de deux solutions très nettement tranchées : la solution anglo-améri-

(14) L'exécutif en temps de guerre, p. III suiv.

caine-française, la solution austro-allemande. Dans les démocraties de l'Europe occidentale et aux Etats-Unis, il n'existe pas de « droit de nécessité ». D'une manière plus précise, les droits publics *anglais, américains, français* ne reconnaissent pas l'existence d'un principe fondamental non écrit, d'après lequel, dans les époques de crise grave, certains pouvoirs publics, en particulier l'Exécutif, auraient *le droit* de prendre toutes les mesures qu'exige l'intérêt national, sans avoir l'obligation d'observer les règles du droit positif. Bien au contraire, le principe capital moderne en Angleterre, aux Etats-Unis et en France, est *le règne de la loi*, même en temps de crise. Si, au cours de ces périodes graves l'Exécutif prend des mesures qu'il croit nécessaires au salut public, mais que la législation en vigueur ne place pas dans sa compétence, il commet une illégalité, engageant juridiquement sa responsabilité à tous points de vue. Ce sera à lui, plus tard, s'il y a lieu, afin d'empêcher que ces responsabilités soient mises en jeu, à demander un *bill of indemnity*, une loi d'amnistie ».

Ces vues sont les seules qui couvrent la réalité des faits. Les raisons en sont précisées par M. JÈZE un peu plus loin : « Aujourd'hui, dans toute nation organisée en *Etat démocratique*, il existe des individus ou des groupes d'individus investis d'une certaine compétence en vue de faire fonctionner les services publics extrêmement multiples et variés, par lesquels sont satisfaits les besoins généraux de la collectivité. Ces compétences sont réparties d'une certaine manière entre les individus ou ces groupes d'individus ; elles doivent être exercées dans certaines conditions de collaboration et des formes. Le droit public des Etats démocratiques modernes n'est qu'une organisation de ces compétences. Ceci exposé, il s'agit de savoir si les compétences constitutionnelles ou légales des agents

publics, des gouvernants sont modifiées en temps de guerre, de crise, si telle mesure particulière ou telle règle de droit qui devait être prise, édictée par tel ou tel agent public (au sens large du mot) suivant telle ou telle procédure pourra être prise, édictée par un autre agent public ou sans observer la procédure ordinaire.

« En d'autres termes, la répartition des compétences organisée pour les temps normaux est-elle maintenue pour les temps de crise ou de guerre ? ou bien, au contraire, l'état de crise ou de guerre a-t-il pour effet, *en dehors de toute prescription constitutionnelle ou légale*, de modifier *de plein droit* la répartition des compétences des agents publics et de dépouiller d'autres agents publics de leur compétence ordinaire ?

« D'une manière plus précise, étant donné une certaine répartition des compétences faites dans un pays donné, à une époque donnée par la constitution ou la loi entre les agents exécutifs, la législature et, dans les pays démocratiques qui pratiquent la votation populaire, les collèges populaires, l'état de crise, de guerre a-t-il pour *conséquence juridique* de dépouiller de tout ou partie de sa compétence l'un de ces groupes d'agents publics, les collèges populaires, la législature, et d'augmenter la compétence de tel ou tel autre, les agents exécutifs ? Voilà comment la question se pose et pas autrement » (15).

Mais l'observation des faits ne nous révèle pas l'existence d'un droit naturel uniforme pour tous les Etats, en raison duquel pourraient être anéantis sous l'empire de la crise, tous les principes qui sont à la base de l'organisation juridi-

(15) JÈZE, op. c. ib.

que d'un Etat moderne, d'un Etat de droit, et cela de plein droit. « Il est donc arbitraire de dire, que, d'après le « *droit naturel* », le même dans tous les pays, la solution affirmative ou la solution négative s'impose au juriste. Il se peut que, dans tel pays donné, la Constitution ou la loi ait, à l'avance, résolu cette question. Il n'y a alors qu'à expliquer la règle constitutionnelle ou légale. Il se peut que, *au moment même où éclate la crise*, l'autorité publique qui, régulièrement a le pouvoir juridique de fixer les compétences modifie la répartition existante des compétences de façon à la mieux adapter aux nécessités de fait (ex. : Angleterre, Italie). Dans ce cas encore, il n'y a pas difficulté pour le juriste. Mais si la répartition des compétences publiques n'a pas été modifiée régulièrement pour le cas de crise, à l'avance ou au moment de la crise, il est contraire aux faits d'affirmer qu'il est de « *droit naturel* » que la compétence de tels agents publics soit réduite et que la compétence de tels autres soit augmentée. Voilà un « *droit naturel* » que l'observation des faits conduit à repousser absolument ».

Et plus loin : « Il est manifeste que, dans un Etat démocratique de souveraineté parlementaire ou populaire, le *Notrecht naturel de plein droit* des agents exécutifs en temps de crise ou de guerre apparaît comme une révolution véritable, la restauration d'un régime politique aboli. Dans les Etats de souveraineté parlementaire ou populaire, la force sociale et politique prépondérante est celle du Parlement ou du peuple. C'est à la législature ou au peuple à modifier la répartition des compétences, si cette modification est nécessaire. Le juriste ne peut pas affirmer qu'elle s'opère de plein droit. Si donc l'autorité publique qui a le pouvoir de fixer les compétences n'a pas apporté de modification, soit à l'avance, soit

au moment de la crise, il n'y a absolument aucune raison pour que les compétences soient modifiées... ».

L'argumentation victorieuse et décisive de M. JÈZE, s'impose comme la seule vraie, comme la seule dénuée de tout artifice juridique. Il n'est pas à présumer que les auteurs de nos constitutions modernes aient voulu faire œuvre provisoire. Bien mieux, même s'ils en avaient eu la volonté, ils n'auraient pas eu le droit de le faire. Le mandat qu'ils tenaient de la collectivité était un mandat impératif de régler d'une manière quasi définitive (bien que ce soit une façon de parler), l'organisation juridique qui devait la régir. Il y aurait besoin soit d'un mandat nouveau, pour qu'ils puissent déroger à cette organisation, ou bien il y aurait besoin de suivre une procédure spéciale, prévue dans cette organisation même, pour qu'ils puissent la changer. Cette solution s'impose pour les Etats à constitution rigide et du type belge, et du type français. Pour les Etats à constitution souple ou flexible, l'interversion des compétences n'engendre pas les difficultés précédentes.

Si cette interversion des compétences n'a pas eu lieu, d'une manière ou d'une autre, en l'espèce, si le gouvernement n'a pas été investi avec la fonction législative d'une manière régulière et s'il l'assume néanmoins, cela signifie qu'il se met en conflit avec l'ordre légal, qu'il le viole. Cela se traduit par la restauration d'un régime politique aboli, comme le dit le professeur JÈZE, restauration en vertu de laquelle on impose à la collectivité obéissance à un régime qu'elle n'a pas consenti, auquel elle n'a pas stipulé sa soumission. C'est une révolution véritable, un coup de force de la minorité envers la majorité.

Pour dire tout d'un mot, c'est un délit. Ses auteurs en-

courreront la responsabilité pénale, si elle est prévue comme sanction de l'infraction à la constitution, ou à défaut, la responsabilité politique. C'est la seule solution juridique qu'on puisse donner.

Mais, en rester à ces termes rigides du problème, serait faire abstraction de l'équité. Un gouvernement peut, à un moment donné, sous l'empire de la nécessité de sauver l'Etat ou de lui épargner un préjudice infiniment supérieur au gain qui résulterait du respect de la lettre constitutionnelle, il peut, disons-nous, outrepasser à la règle légale écrite, la mettre de côté, si elle l'empêche dans son action. C'est ce qu'exprime le professeur DICEY (16) : « Avec les conditions complexes de la vie moderne, aucun gouvernement ne peut *en temps de désordre ou de guerre*, maintenir la paix dans le pays, ou remplir ses obligations vis-à-vis des puissances étrangères sans recourir parfois à l'activité arbitraire... des pouvoirs discrétionnaires sont donc indispensables à l'exécutif anglais (et nous dirons à l'exécutif de n'importe quel Etat, n. d. a.)... *La voie que doit alors suivre le gouvernement est toute tracée. Le ministère peut violer la loi et, pour sa protection, se fier à un Act of indemnity.* Une loi de ce genre est l'exercice dernier et suprême de la souveraineté parlementaire. Elle légalise l'illégalité... ». C'est également le sentiment de TODD (17), concernant la pratique anglaise : « Depuis la révolution de 1688, toutes les fois que la Couronne s'est aventurée, dans les cas de nécessité pratique, à lancer des proclamations royales ou des ordonnances paraissant contenir une atteinte aux lois du pays, la nécessité pour le gouvernement de recourir à

(16) Chez JÈZE, op. c., p. 132-133.

(17) Le gouvernement parlementaire en Angleterre, traduction française, II, p. 255.

ce procédé a été attentivement examinée par le Parlement : et, lorsqu'il a reconnu que le procédé était illégal, mais se justifiait par les circonstances, des actes *of indemnity* ont été votés à l'effet d'amnistier tous ceux qui l'ont conseillé et qui ont pris part à son exécution... Sans doute, la Couronne n'a pas constitutionnellement le droit de lancer de telles ordonnances ou proclamations; néanmoins, Sir Robert Pell dit que « les gouvernements ont assumé et assumeront, dans les cas urgents des pouvoirs inconstitutionnels et se fieront au bon sens du peuple pour obéir à la proclamation, et au Parlement pour amnistier ceux qui les ont exercés ».

Mais la solution de la pratique anglaise ne doit pas être reléguée au seul usage du royaume insulaire. A l'instar de l'Etat anglais, qui est un Etat de droit, dans l'acception la plus compréhensive, tous les autres organismes étatiques qui se réclament du même caractère, doivent faire leur une solution analogue. Des raisons pratiques et juridiques militent pour elle. A défaut d'une législation de prévoyance, à défaut d'une loi des pleins pouvoir (là où elle est possible), exécutif se verra dans l'obligation de violer l'ordre de droit de l'Etat, justement pour conserver intact cet Etat. Dans ce cas, il n'aura qu'à demander son impunité au corps politique qui est censé représenter la volonté collective : au Parlement. Le Parlement appréciera d'une manière souveraine, et sans appel, la nécessité qui a obligé le gouvernement à violer la loi. C'est bien la solution logique du problème. Dans les Etats à régime représentatif, où la suprématie du Parlement fait loi, le Gouvernement est politiquement, au moins, responsable devant lui. Le Parlement est le maître discrétionnaire d'organiser et d'envisager comme bon lui semble, cette responsabilité. Son sens d'équité lui donnera la mesure de son jugement. Il n'est

pas à supposer dans un pareil régime, ou finalement le gouvernement n'est plus ou moins, que le mandataire du Parlement, que celui-ci aurait agi dans un esprit diamétralement opposé à celui de son mandant. Il est au contraire à supposer que le Parlement, s'il l'aurait pu faire (s'il avait été assemblé ou s'il avait été dans la situation d'agir d'une manière expéditive, répondant au rendement du moment), aurait pris les mêmes mesures, mais suivant la procédure régulière. Le Gouvernement se fiera au bon sens du Parlement, qui n'hésitera pas à l'absoudre du délit, chaque fois qu'il fera la preuve utile du caractère salubre de son action. C'est ce qu'a fait dernièrement M. RAMSAY MAC DONALD quand il a suspendu l'étalon-or par un simple « *ordre in council* »...

L'amnistie que le parlement accorde se traduit, soit sous la forme d'un *bill of indemnity*, soit d'une manière implicite, sous la forme d'une procédure, dite de ratification, de la mesure incriminée prise par l'exécutif. Mais l'effet en est le même : le gouvernement a acquis son impunité. De cette manière vont se trouver conciliées, et les exigences pratiques, et les scrupules juridiques.

En outre, cette solution réalise, dans un certain sens, un avantage appréciable au regard de la solution de la législation de prévoyance et de la solution des pleins pouvoirs. Dans les cas précités, le gouvernement agira en vertu d'un droit, en vertu d'un titre légitime ; en conséquence, il sera moins enclin à se tenir dans les limites de la stricte nécessité, qu'il va amender plus ou moins subjectivement — tandis que dans le système que nous analysons, il commet un délit, une action punissable qui fait planer toujours sur lui le spectre de la responsabilité possible. Il appréciera plus rigoureusement les cas de

nécessité, il s'en tiendra à la nécessité inéluctable, à la nécessité objective.

Cette théorie, outre l'adhésion de principe du monde juridiques anglo-saxon, a recueilli également d'éminents partisans en France. Pour n'en citer que les plus en vue : MM. JÈZE, BARTHÉLEMY et NÉZARD, qui tous, s'accordent pour la reconnaître la seule conforme à la vérité.

Ces vues sont les seules applicables en ce qui concerne l'élaboration du droit par décrets-lois dans des Etats à constitutionnalisme rigide et qui n'ont prévu aucun relâchement au principe de la séparation des pouvoirs, d'après lequel la tâche d'élaborer le droit échoit uniquement au Parlement (toutefois avec les précisions que nous avons données dans l'introduction) ; parmi ces Etats, dont nous ferons l'étude, il faut énumérer d'abord la France, la Roumanie, la Belgique et, dans un certain sens, les Etats-Unis.

CHAPITRE II

L'activité législative du Gouvernement français au cours de la guerre mondiale

SECTION I

LA PARTICIPATION DU POUVOIR EXECUTIF A L'ELABORATION DU DROIT EN TEMPS NORMAL

1. — ROLE DU GOUVERNEMENT QUANT A L'INITIATIVE ET LA DISCUSSION DES PROJETS

D'après l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République exerce le droit d'initiative législative concurremment avec les membres des deux Chambres. Les projets du Président revêtent la forme de décrets, contresignés par un ministre, auquel ils appartiennent de fait.

L'initiative de l'exécutif est la conséquence logique du principe de la collaboration des pouvoirs, telle qu'elle ressort de l'esprit du système constitutionnel français. En vérité, le Gouvernement se trouve dans une situation particulièrement favorable pour connaître les besoins innombrables et si variés d'une collectivité, besoins auxquels il faut répondre par des

mesures générales appropriées. Le Gouvernement dispose d'agents d'élite, qui, tant par leur qualité que par leur expérience, sont tout indiqués pour le travail préparatoire de la règle de droit et pour aboutir ainsi à la création d'une législation de qualité supérieure.

La souveraineté de la collectivité, déposée entre les mains de ses représentants, les Députés et les Sénateurs, ne se trouve nullement amoindrie de ce chef. Il n'y a nulle prééminence pour l'initiative gouvernementale, bien mieux, l'on peut dire que l'initiative parlementaire est plus facile dans son exercice ; elle peut se valider par un seul membre du Parlement, l'auteur de la proposition de loi, tandis que l'initiative gouvernementale doit passer par la filière de l'assentiment Présidentiel.

En ce qui concerne la délibération des projets en séance publique, les ministres ou les commissaires du gouvernement peuvent prendre la parole à tout instant. Dans les commissions, il est d'usage que les membres du Gouvernement ne se rendent que sur invitation.

2. — LA PROMULGATION ET LA PUBLICATION (1)

D'après l'article 3, par. 1, de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres.

La promulgation est la formule par laquelle le chef du pouvoir exécutif déclare exécutoire le texte de loi voté par

(1) Voir, sur la promulgation, l'article de M. JÈZE, dans la *Revue de Droit Public*, 1918, p. 318 et suiv. ; ESMEIN et NÉZARD : *Eléments de Droit constitutionnel*, septième édition, II, p. 66 et suiv. CARRÉ DE MALBERG : *Théorie générale de l'Etat*, p. 403 et suiv. ; DUGUIT : *Manuel de Droit constitutionnel*, 1918, p. 306 ; HAURIOU : *Précis de Droit constitutionnel*, 2^e édition, p. 437 ; BARTHÉLÉMY et DUEZ : *Traité de Droit constitutionnel*, p. 738.

les deux Chambres. Cette opération a pour effet de faire revêtir à la loi la force obligatoire envers tout le monde. Cet acte est une conséquence du principe de la séparation, et également de la collaboration entre les deux pouvoirs, la constitution attribuant au chef de l'exécutif le droit et le devoir de faire exécuter la volonté abstraite des représentants de la collectivité. D'après M. JÈZE, la promulgation est l'acte juridique par lequel le Président de la République affirme :

a) Qu'un texte de loi a été régulièrement adopté par les Chambres;

b) Par lequel il déclare qu'il ne demande pas une seconde délibération;

c) Par lequel il fixe, dans le cas où le Parlement ne l'a pas fait, le moment précis à partir duquel la décision prise par le Parlement sera exécutée par tous ceux qu'elle concerne. En conséquence, le Président de la République est tenu, avant de promulguer la loi, de vérifier la régularité de la procédure suivie par le Parlement, donc d'examiner si toutes les formes imposées par la constitution ont été respectées, si le texte qui fera l'objet de la promulgation est bien celui adopté par les deux Chambres, et s'il y a identité absolue entre les deux textes votés par chacune des assemblées. Même ainsi, la promulgation présidentielle ne couvre pas le vice d'inconstitutionnalité de la loi : les Tribunaux auront le droit et le devoir de refuser de tenir pour obligatoire une loi irrégulière, même promulguée (en sens contraire surtout DUGUIT.

La substance juridique de la promulgation ne doit pas être rapprochée avec la sanction, qui est une véritable chaîne dans la sériation des opérations législatives. Rien de cela : la force impérative du texte de loi résulte du vote des deux

Chambres, de la manifestation de leur volonté, faite d'une façon péremptoire par leur vote. Mais, c'est une force impérative latente, qui sera vivifiée seulement à la suite de l'intervention de l'exécutif. La promulgation est un acte juridique qui ne perd rien de la filiation exécutive par le fait qu'il se soude à l'ensemble des opérations de perfectionnement du droit naissant, au contraire, par là précisément, se réalise la collaboration des deux pouvoirs.

C'est dans ce sens que M. JÈZE écrit que la loi ne tient aucun élément juridique de force de la volonté du Président de la République, et si la constitution fait intervenir le Président avant que la loi soit appliquée, c'est surtout afin qu'il soit procédé à la vérification constitutionnelle de la loi et, qu'étant donné que cette loi émane de deux assemblées, il est bon qu'une autorité publique distincte soit chargée de vérifier, au préalable, l'accord parfait entre les deux Chambres, sur tous les termes de la loi.

Le chef du pouvoir exécutif accomplit, par la promulgation, « une formalité nécessaire, essentielle » ; les Tribunaux devraient s'abstenir d'appliquer une loi, tant qu'elle ne serait pas promulguée. Mais le Président ne saurait faire échec à cette obligation, car l'article 7, par. 1, de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, porte : « le Président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer dans les trois jours les lois dont la promulgation, par un vote exprès, dans l'une ou l'autre Chambre, aura été déclarée urgente. Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée ».

L'on voit, par ce qui précède, que la promulgation ne participe aucunement du caractère législatif de la loi — la promulgation reste un acte de l'exécutif; c'est le premier acte de l'exécution de la loi, et rien de plus.

Quant à la publication, elle est concomitante et fait corps avec la promulgation; c'est une opération indivisible, car c'est avec l'aide de la publication que la promulgation sera portée à la connaissance de tous. D'après M. ESMEIN, la promulgation et la publication se confondent en fait, mais la publication, à l'encontre de la promulgation, est absolument indispensable et se retrouve nécessairement dans tous les régimes constitutionnels. D'autre part, si elles se confondent en fait, elles ne se confondent pas en droit : elles sont des opérations distinctes : la promulgation ne serait qu'une conséquence correcte et logique du principe de la séparation des pouvoirs, mais n'ayant pas grande importance pratique.

3. — LE DROIT DE DEMANDER UNE SECONDE DÉLIBÉRATION

Comme on l'a vu, l'art. 7 de la loi const. du 16 juillet 1875, réserve au chef de l'exécutif la faculté de différer provisoirement la promulgation de la loi (2). Mais il est assez impropre de parler d'un véritable droit de veto, dans l'hypothèse envisagée par la loi constitutionnelle française. Tout ce que le Président pourra faire sera de demander une nouvelle délibération aux Chambres, mais, pour que la loi aboutisse encore une fois, il n'y a nul besoin de le faire par une majorité renforcée, à l'encontre de la disposition constitutionnelle américaine, qui requiert un quorum de deux tiers dans chaque assemblée. D'ailleurs, il y a des obstacles tenant au génie du

(2) ESMEIN et NÉZARD, *op. cit.* II, p. 71 et suiv.; HAURIU, *op. cit.*, 439; BARTHÉLÉMY et DUEZ, *op. cit.*, p. 742.

gouvernement parlementaire (3), qui empêchent la validation même de ce droit réduit.

De cette manière, la pratique de la vie étatique française n'a pas connu une seule fois, depuis 1875, l'exercice effectif de cette prérogative.

4. — LE POUVOIR RÈGLEMENTAIRE (4)

D'après M. BERTHÉLEMY « l'autorité réglementaire du chef du pouvoir exécutif est née en même temps que le principe de la séparation des pouvoirs.

« Dès qu'il fut admis qu'il y aurait, d'une part, des assemblées faisant des lois et, d'autre part, un gouvernement chargé d'en procurer l'exécution, il fallut bien qu'on reconnût à ce gouvernement la faculté de donner des ordres généraux nécessaires à l'accomplissement de sa tâche.

« Le cercle des prescriptions qu'ils étaient susceptibles de renfermer était étroitement circonscrit; aucun article d'un règlement ne devait être introducteur d'un droit nouveau, sous peine de nullité; on ne pouvait prendre ainsi que des mesures d'exécution de la loi.

« Sous cette forme, l'autorité réglementaire fut exercée dès le début du nouveau régime, en 1791. »

Si tels ont été les principes, néanmoins la terminologie employée prêtait à confusion, car la constitution de 1791

(3) ESMEIN et NÉZARD, op. cit. II, ibid.

(4) BERTHÉLEMY : *Traité élémentaire de Droit administratif*, XII^e éd., p. 128 et suiv. BERTHÉLEMY : *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, *Revue politique et parlementaire*, 1898, tiré à part; ESMEIN et NÉZARD, op. cit., p. 75; MOREAU : *Le règlement administratif*; JÈZE : *Le règlement admin.*, *Revue générale d'administration*, 1902; BARTHÉLEMY et DUEZ, op. cit., p. 772; HAURIU, op. cit. p. 440; DUGUIT : *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., T. II, p. 209.

accorde au roi le droit de faire des « proclamations, pour ordonner, ou rappeler, l'exécution des lois ». Les mêmes griefs peuvent être adressés aux assemblées constituantes, qui emploient une terminologie encore tout à fait obscure.

La terminologie ne se précise que dans la constitution de l'An VIII, art. 14, qui porte que « Le Gouvernement propose les lois, et fait les règlements nécessaires pour leur exécution ». Mais l'application qu'on en a fait par la suite différerait profondément de la définition donnée par PORTALIS (5), que « c'est aux lois qu'il appartient de fixer les *règles fondamentales, les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables*, en un mot toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre, que l'intervention de la puissance qui institue, ou qui crée, sont du ressort des règlements », car, au lieu de compléter la loi, les règlements ont fini par la mettre dans l'ombre ; les décrets impériaux ne marquaient que trop souvent une véritable dépossession du pouvoir législatif. Nombre de ces décrets ont été de véritables décrets-lois (ex. le décret du 6 juillet 1810, relatif à l'organisation judiciaire, du 18 juin 1811, sur les frais en matière criminelle). L'annulation de ces décrets, certainement inconstitutionnels, aurait pu être demandée au Sénat, selon la procédure prévue par la Constitution de l'An VIII. Mais ces décrets n'ayant pas été attaqués de ce chef, leur nullité a été couverte par la prescription. Néanmoins, il importe de remarquer cet abus que l'on a fait du pouvoir réglementaire. L'abus en fut encore facilité par la définition que donne la Charte de 1814, du pouvoir réglementaire : « Le Roi est le chef suprême de

(5) BERTHÉLEMY : Le pouvoir règl. du Prés. de la Rép., *ibid.*

l'Etat... et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et *pour la sûreté de l'Etat* ». L'interprétation abusive de ces derniers mots a déclenché, par la suite, la célèbre révolution de Juillet; et pourtant, il faut se rallier à l'opinion de la doctrine et particulièrement à celle de M. BERTHÉLEMY, qu'ils ne signifiaient vraisemblablement rien de particulier, et à celle de M. ESMEI⁶, d'après laquelle ils n'étaient, au fond, que la répétition de l'idée qu'exprime l'art. 144 de la Constitution de l'An III, d'après lequel le Directoire « pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure et intérieure de la République » (6). Ainsi, l'on doit chercher l'assise moderne et définitive de l'institution du pouvoir réglementaire dans une période plus équilibrée quant aux rapports des forces des pouvoirs législatif et exécutif. En effet, la Charte de 1830 porte que « le Roi fait les règlements et ordonnances pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ». C'est la formule qui a survécu jusqu'à nos jours dans l'article 111 de la loi constitutionnelle de 1875, qui décide que le Président de la République « en surveille et en assure l'exécution ».

En conséquence, pour se conformer à cet article, le Président de la République prend des règlements impératifs et généraux. Il le fait soit spontanément, soit sur l'injonction du corps législatif. Les règlements développent les principes contenus dans une loi, ils élaborent les détails, qui, nécessairement, manquent dans le texte voté par les Chambres. La

(6) Nous attachons à la mise au point de la vraie signification de ces dispositions de la Charte de 1814, une importance particulière, parce que, comme on le verra par la suite (chapitre IV, sec. II) nombre d'auteurs allemands voient dans cette expression ambiguë, l'origine du droit de l'exécutif d'émettre des ordonnances de nécessité.

loi ne renferme parfois — et il serait désirable qu'il en soit toujours ainsi — que des principes fondamentaux ; sans doute le libellé d'un texte ne peut, de cette manière, que gagner en clarté et en précision. C'est au pouvoir exécutif, à ses agents en contact avec les réalités de chaque jour, d'y adapter son application aux circonstances concrètes. Tout le mécanisme de la mise en œuvre d'un texte législatif, et surtout l'opportunité de son application, quant au moment le plus propice, doit être à la charge de l'exécutif, qui est le mieux placé pour lui faire produire les résultats escomptés.

Les règlements ne peuvent ni modifier, ni contredire et moins encore suspendre la loi ; un règlement qui le ferait constituerait un empiètement de l'exécutif sur la compétence du pouvoir législatif, une violation de la séparation des pouvoirs. Tous les moyens d'attaque et de défense sont à la disposition des intéressés pour faire respecter ce principe à l'arbitraire administratif. En raison de la qualité de leur auteur, les règlements restent des actes administratifs, en conséquence, ils vont souffrir le même traitement que les autres actes de l'administration.

On a voulu assigner une situation juridique distincte aux règlements dits d'administration publique, faits par le Président de la République en vertu d'une invitation du corps législatif et après délibération de ces règlements par le Conseil d'Etat. On a soutenu que de pareils règlements seraient susceptibles d'une portée plus large, qu'ils constitueraient comme des lois de second ordre et, qu'en conséquence, participant de la substance des lois, en vertu d'une délégation législative, aucun recours ne serait recevable contre de pareils règlements, à l'instar des lois.

Cette hérésie juridique, acclimatée par l'ancienne doc-

trine (7) et par la jurisprudence judiciaire et administrative, a été bannie de la science du droit, et ensuite de la pratique, par l'effort plein de fruits de M. BERTHÉLEMY, qui a démontré qu'il n'y a aucune différence de force entre les règlements simples et les règlements d'administration publique, la seule différence étant une différence purement formelle. L'idée fausse de la délégation législative remonte à la constitution de 1848, art. 75, qui assigne au Conseil d'Etat un rôle nouveau, celui de préparer les règlements d'administration publique et de faire ceux de ces règlements à l'égard desquels l'assemblée nationale lui aura donné une délégation spéciale. Mais, comme le remarque M. BERTHÉLEMY, il ne paraît pas que l'on ait eu en vue autre chose que de partager entre le chef de l'Etat et le Conseil d'Etat, le pouvoir réglementaire qui précédemment appartenait au Roi seul; et puis, en admettant même le contraire, une pareille disposition n'aurait pas survécu à l'abolition du régime de 1848. Bien mieux, les termes de la constitution de 1852 consacrent le contraire, à savoir que le Président fait les décrets et règlements nécessaires pour l'exécution des lois. Enfin, la loi du 31 août 1871 et, plus tard, la constitution de 1875, reprennent l'ancienne formule générale, celle de l'art. 49 de la const. de 1848 (où il s'agit de règlements simples) et non celle de l'art. 75. Notre savant maître conclut — après avoir fait cette incursion dans l'étude des anciens textes s'y référant — que l'idée d'une délégation législative fait défaut et que les textes que l'on invoque pour le prouver, ne démontrent rien dans ce sens.

Comme l'a démontré M. ESMEIN (8), la thèse de la

(7) Surtout LAFERRIÈRE, BATBIE, AUCOC et DUCROCQ chez BERTHÉLEMY, op. c., p. 8-10.

(8) Dans un article de la *Revue politique et parlementaire*, 1894 : De la délégation du pouvoir législatif.

délégation du pouvoir législatif est une impossibilité juridique. « Sous nos constitutions nationales, les divers pouvoirs constitués ne tirent leur existence et leurs attributions que de la constitution elle-même. Ils n'existent qu'en vertu de cette constitution, dans la mesure et dans les conditions qu'elle a fixées; le titulaire d'aucun de ces pouvoirs n'en a la disposition, mais seulement l'exercice ». Ou, plus explicite : « C'est que le pouvoir n'est point, pour elles (pour les Chambres), un droit propre; c'est une fonction que la constitution leur confie, non pour en disposer à leur gré, mais pour l'exercer elles-mêmes d'après les règles constitutionnelles. Seul le souverain peut faire une semblable attribution, et le pouvoir législatif n'est pas le souverain, mais simplement le délégué du souverain » (9). Et, comme le dit M. BERTHÉLEMY (10), « le pouvoir législatif attribué aux Chambres est une fonction que la constitution leur confie, et non pas un droit qu'elle leur accorde ».

En conséquence, l'on doit admettre — et aujourd'hui tout le monde est d'accord pour le faire — que les Chambres n'ont pas la disposition du pouvoir législatif, au sens qu'elles pourraient dispenser son exercice à droite et à gauche. Ce qu'elles ont, c'est une fonction qui leur est confiée et qu'elles doivent exercer en conformité avec la volonté constituante. Le créateur unique de toute délégation, c'est la collectivité souveraine, censée être représentée par ses mandataires, élus au sein des assemblées constituantes; l'assemblée constituante a bien eu la faculté de déléguer à qui que ce soit la fonction législative : elle l'a fait au profit des deux Chambres, mais rien ne se serait opposé pratiquement à ce qu'elle le fasse

(9) ESMEIN et NÉZARD, *op. cit.* II, p. 81.

(10) Article précité, p. 18.

au profit du pouvoir exécutif, justement en vertu de son pouvoir souverain d'organiser et d'attribuer les compétences dans l'Etat. Mais elle ne l'a pas fait, et nul autre ne se pourra substituer à sa volonté, même en voulant la suppléer simplement. D'ailleurs, l'axiome que le pouvoir délégué ne se délègue pas à son tour, *delegata potestas non delegatur*, est un point d'honneur de la foi de ceux qui furent les pères de nos constitutions démocratiques. LOCKE et SIEYÈS ne doutaient pas de cette vérité; la Convention, en élaborant la constitution de l'An III, a fermement mis en lumière le principe — il est d'ailleurs si organiquement soudé au régime de la démocratie que le méconnaître équivaldrait à méconnaître un de ses traits fondamentaux.

A l'encontre de l'accord quasi unanime de la doctrine, la jurisprudence du Conseil d'Etat maintient, même à présent, cette formule de la délégation (11), sans nier pour cela la recevabilité du recours pour excès de pouvoir envers ces règlements, concession qui, d'ailleurs, est assez récente (12). Il maintient toujours la fausse conception de la délégation, tout en insistant sur le fait que cette délégation ne transforme pas en dispositions législatives les dispositions réglementaires prises en conséquence.

La vérité, c'est que les règlements d'administration publique n'ont leur source que dans le pouvoir réglementaire général du Président de la République, tel qu'il est inscrit dans l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et que l'invitation qu'adresse le Corps législatif n'apporte aucune transubstantiation au règlement, la seule différence étant la nécessité d'élaborer dans ce cas le règlement sous les

(11) Conclusions de M. TARDIEU : Arrêt du 6 décembre 1907.

(12) V. BERTHÉLEMY : Traité, p. 129, note 3.

auspices du Conseil d'Etat. De là, il suit que les règlements d'administration publique, loin d'être une législation secondaire et dérivée, ne sont que l'exercice restreint de l'autorité réglementaire du Président de la République, justement en vertu de cette obligation de les élaborer en Conseil d'Etat.

Mais ce n'est pas tout. A côté des règlements faits en exécution des lois, et en conformité des lois, *secundum et intra legem*, il y a également les règlements faits en dehors des lois, *praeter legem*. Comme on l'a dit dans l'introduction, ils tendent à suppléer au silence du législateur. Ce sont des règlements que M. DUGUIT appelle autonomes : ils concernent l'organisation des services publics et la police. Bien que ne se rattachant pas à l'exercice de la faculté concédée au Président de la République, en vertu de l'art. 3, par. 1 de la loi constitutionnelle de 1875, néanmoins, de pareils règlements ont leur source dans une coutume constante, suivie, qui s'est validée tout au long du XIX^e siècle. Il faut bien dire, avec M. DUGUIT, qu'il a été matériellement impossible que le Parlement discutât et votât toutes les dispositions ayant trait à l'organisation des services publics et à la police, pour aboutir à une réglementation législative. Néanmoins, par de pareils règlements, le Gouvernement ne pourra ni modifier, ni suspendre l'application d'une loi ; à plus forte raison, tous les recours recevables envers les actes de l'administration, pourront être validés envers eux.

Avec ces réserves, presque tous les auteurs de droit public reconnaissant leur légitimité. Toutefois, M. CARRÉ DE MALBERG est moins enclin à approuver la portée juridique de la coutume constitutionnelle susdite, sans nier pour cela son efficacité pratique. Mais cela tiendrait du fait que la validité des règlements concernant l'organisation des services publics

ne peut être attaquée ni par les administrateurs, ni par les administrés. Les administrateurs sont tenus de les exécuter, le principe de la hiérarchie les y obligeant. Les administrés, de leur côté, n'ont pas qualité pour intenter le recours pour excès de pouvoir, puisqu'il s'agit de prescriptions qui ne s'adressent pas à eux. Quant aux règlements de police, lorsqu'ils sont faits spontanément, ils seraient dénués de toute valeur et franchement anticonstitutionnels, mais ils sont tolérés par les Chambres qui peuvent, à n'importe quel moment, en imposer leur volonté, supérieure à celle du Gouvernement.

5. — POUVOIRS PRÉSIDENTIELS CONCERNANT LES RAPPORTS AVEC LES CHAMBRES

Les pouvoirs du Président de la République sont, de ce chef : 1^o) Le droit de convoquer les Chambres en session, d'ajourner et de clore les sessions ; 2^o) Le droit de dissoudre la Chambre des députés, avec l'avis conforme du Sénat ; 3^o) Le droit de communiquer avec les Chambres, par des messages.

Le droit de convoquer les Chambres en session, appartient bien au Président, mais il est limité dans son exercice par l'art. 1 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, qui décide que « le Sénat et la Chambre des Députés se réunissent chaque année, le second mardi de janvier, à moins d'une convocation antérieure faite par le Président de la République ». Ainsi la latitude du Président concerne uniquement le temps antérieur à cette date, et l'époque qui suit la clôture de la session ordinaire qui doit durer au moins cinq mois (même article). Quant au droit de clôture, il appartient bien au Président, mais point d'une manière arbitraire : les Cham-

bres doivent avoir siégé au moins cinq mois effectifs. L'article 2 de la même loi dispose que « le Président peut ajourner les Chambres. Toutefois, l'ajournement ne peut excéder le terme d'un mois, ni avoir lieu plus de deux fois dans la même session ». Autant de garanties que la constitution prévoit pour le fonctionnement régulier et efficace du Corps Législatif. Quant aux sessions convoquées par le Président, c'est à lui d'en régler le mécanisme. Il peut les clore d'une manière discrétionnaire, car elles lui doivent leur existence. A part la disposition de l'art. 1 de la loi constitutionnelle sus-citée, en vertu duquel les Chambres se réunissent de plein droit, il y a une hypothèse pour laquelle le résultat est le même : c'est le cas de l'art. 2 de la loi du 3 avril 1878 sur l'état de siège.

En conformité avec l'art. 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des Députés avant l'expiration légale de son mandat. C'est une prérogative exécutive dont l'exercice est fort peu probable, si l'on suit l'évolution du régime parlementaire français pendant plus d'un demi siècle. La seule exception qu'on en a fait, ne fait que confirmer la règle coutumière. Dans l'actuelle configuration et des partis politiques, et des hommes d'Etat, personne ne saurait créditer son éventuelle résurrection. En fait, c'est une prérogative quasi abrogée par la dessuétude constitutionnelle.

D'après l'art. 6 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, « le Président de la République communique avec les Chambres par des messages qui sont lus à la tribune par un ministre ». C'est la conséquence du principe de la séparation des deux pouvoirs. En effet, l'on ne pourrait imaginer dans un fonctionnement correct du régime d'Etat, tel que l'a

adopté la France, un Président à l'image de THIERS qui viendrait, en personne, exposer ses vues d'ordre politique. La majesté, même républicaine, d'un chef d'Etat, ne doit pas être amoindrie par la descente dans l'arène politique. L'abus de cette prérogative est d'ailleurs circonscrit par le caractère écrit du message, et par le contreseing ministériel, qui doit y figurer.

6. — CONCLUSION

Comme il ressort des développements antérieurs, le pouvoir exécutif français n'assume, dans aucune circonstance, la disposition du pouvoir législatif (à cette proposition il n'y a aucun échec du fait des règlements autonomes : ces règlements restent toujours des actes administratifs, donc susceptibles d'être attaqués en justice, à l'encontre des lois). L'article 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est tellement tranchant, quand il dit que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des Députés et le Sénat », qu'aucun doute ne peut s'élever à ce sujet. Toutes les prérogatives exécutives dont on a précédemment parlé ne font qu'encadrer l'exercice du pouvoir législatif. Ainsi doit-on envisager, en particulier, le pouvoir réglementaire : ce n'est rien autre que le cadre, taillé dans une autre matière que celle de l'objet qu'il encadre : la loi. Il est inutile de dire que ce sont des dogmes trop organiquement soudés à l'organisme de la République démocratique de la France, pour que l'on y puisse faire échec.

Pour nous dispenser d'insister sur ces vérités banales, nous dirons que toutes ces prérogatives sont des prérogatives qui entourent le pouvoir législatif, mais ne se confondent

aucun instant avec lui ; l'abîme qui les sépare est insurmontable. C'est seulement dans ce sens que nous avons mis en tête de cette section l'expression « participation » du pouvoir exécutif à l'élaboration du droit.

SECTION II

LA PARTICIPATION DU POUVOIR EXECUTIF A L'ELABORATION DU DROIT AU COURS DE LA GUERRE MONDIALE

1. — SOUS L'EMPIRE DE L'ÉTAT DE SIÈGE

Ce n'est pas de l'institution de l'état de siège que l'on pourrait tirer argument pour justifier l'arbitraire de l'exécutif en temps de crise. En effet, reproduisons ce qu'écrit à ce sujet M. BARTHÉLEMY (1) : « Dans la législation positive actuelle de la France, la déclaration de l'état de siège laisse subsister dans son intégrité le règne de la loi. Les effets de cette situation exceptionnelle sont très strictement et limitativement définis par la loi du 9 août 1849 ; ils sont de deux catégories : il y a, en premier lieu, un transfert des pouvoirs de police, de l'autorité civile à l'autorité militaire ; en principe, ces pouvoirs sont transmis tels quels, de la première à la seconde, avec la même consistance, la même étendue, les mêmes limites ; en second lieu, l'autorité militaire est investie de quelques pouvoirs exceptionnels ; les conseils de guerre peuvent connaître des délits qui intéressent l'ordre public ; l'autorité militaire a, d'autre part, le droit de faire des perquisitions,

(1) BARTHÉLEMY : « Le droit public en temps de guerre ». *Revue de droit public*, 1915, tiré à part, III, p. 3-4.

de jour et de nuit, au domicile des citoyens; d'éloigner les individus suspects ou dangereux; d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à causer des désordres. C'est beaucoup. C'est tout...

« Par conséquent, pendant l'état de siège : 1°) L'autorité militaire exerce les pouvoirs de l'autorité civile, plus les quatre facultés exceptionnelles de l'art. 9; 2°) Quant aux pouvoirs des autorités civiles, gouvernementales et administratives, ils ne sont aucunement modifiés ».

Telles sont les vues qu'exprime, avec sa haute autorité, M. BARTHÉLEMY.

En conséquence, l'état de siège est une situation strictement légale (2). Le régime de la légalité ne se trouve nullement suspendu sous son empire car, bien que le pouvoir

-
- (2) L'origine de l'institution actuelle de l'état de siège (Sur l'état de siège, v. PIERRE : « Traité de droit politique, électoral et parlementaire », 4^e éd., p. 641 et suiv., et REINACH TH. : « De l'état de siège et des institutions de salut public », (1185, thèse); PLAÏT HENRI : « L'état de siège et la restriction des libertés individuelles pendant la guerre de 1914-1918 » (1920, thèse), doit être cherchée dans l'article 106 de la Constitution du 4 novembre 1848, qui réservait à une loi ordinaire la détermination des cas qui pouvaient motiver la déclaration de l'état de siège ainsi que la réglementation de son mécanisme. En conséquence, la législative élabore la loi du 9 août 1849, qui a été refondue par la loi du 3 avril 1878. Les dispositions de cette loi, dont le projet fut déposé en 1877, par M. BARDOUX, sont les suivantes :

L'article premier décide : « L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée. Une loi peut seule déclarer l'état de siège; cette loi désigne les communes, les arrondissements ou les départements auxquels il s'applique. Elle fixe le temps de sa durée. A l'expiration de ce temps, l'état de siège cesse de plein droit, à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets ».

L'article 2 décide qu'« en cas d'ajournement des Chambres, le Président de la République peut déclarer l'état de siège, de l'avis du Conseil des Ministres, mais alors les Chambres se réunissent de plein droit, deux jours après ».

L'article 3 porte qu'en « cas de dissolution de la Chambre des députés, et jusqu'à l'accomplissement entier des opérations électorales, l'état de siège ne pourra, même provisoirement, être déclaré par le Président de la République. Néanmoins, s'il y avait guerre

exécutif se trouve renforcé pour l'occurrence — et c'est une façon de parler, parce que c'est l'autorité militaire qui se trouve réellement investie avec des facultés plus vastes — néanmoins, rien n'autorise l'exécutif à outrepasser la légalité, même ainsi amendée. L'axiome « *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis* » doit s'affirmer d'une manière particulièrement puissante dans ce cas. Outre les quelques rétrécissements à la jouissance des libertés énumérées par la loi, nul autre droit, censé être d'ordre constitutionnel, ne pourra

étrangère, le Président, de l'avis du Conseil des Ministres, pourrait déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi, à la condition de convoquer les Collèges électoraux, et de réunir les Chambres dans le plus bref délai ».

L'article 4 concerne le régime de l'état de siège en Algérie, qui est le même qu'en France, excepté le cas où les communications entre la France et l'Algérie seraient interrompues.

L'article 5 édicte que, dès qu'elles sont réunies, les Chambres maintiennent ou lèvent l'état de siège. En cas de dissentiment entre elles, l'état de siège est levé de plein droit.

L'article 6 conserve les dispositions de la loi de 1849, qui concernent les colonies, et les dispositions se rapportant aux places de guerre (art. 5, 6 et 10). Les effets de la déclaration de l'état de siège sont énumérés dans la loi du 9 août 1849, art. 7-11 :

Article 7. — « Aussitôt l'état de siège déclaré, les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police, passent tout entier, à l'autorité militaire. L'autorité civile continue, néanmoins à exercer ceux de ses pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie ».

Article 8. — « Les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et des délits contre la sûreté de la République, contre la Constitution, contre l'ordre et la paix publics, quelle que soit la qualité des auteurs principaux et des complices ».

Article 9. — « L'autorité militaire a le droit : 1° de faire des perquisitions, de jour ou de nuit, dans le domicile des citoyens ; 2° d'éloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège ; 3° d'ordonner la remise des armes et munitions et de procéder à leur recherche et à leur enlèvement ; 4° d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre ».

Article 10. — « Dans les lieux énoncés à l'article 5, les effets de l'état de siège continuent, en outre, en cas de guerre étrangère, à être déterminés par les dispositions de la loi du 10 juillet 1791, et du décret du 24 décembre 1811 ».

Article 11. — « Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents ».

être suspendu. On est bien loin de la Constitution de l'An VIII qui portait que « dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution ».

Le régime d'étroite garantie qui doit entourer cet état d'exception est parfaitement démontré par les articles 1-3, car, d'après l'expression de M. FRANCK CHAUVEAU, « le droit de suspendre l'empire des lois ne peut appartenir qu'au pouvoir qui les édicte, et une prérogative aussi exorbitante que celle de l'état de siège, doit demeurer l'attribut de la souveraineté ». Le législateur de 1878 était animé par de tels scrupules pour maintenir ce droit intact, qu'il a refusé au Président de la République le droit de déclarer, même provisoirement, l'état de siège, lorsque les Chambres seraient dissoutes. Cette seule disposition jette un reflet de pleine lumière sur les différences angulaires entre la conception qui anime l'institution de l'état de siège, création par excellence française, et le droit de nécessité allemand. L'état de siège ne peut être qu'une arme purement défensive et même dans cette hypothèse, elle est bien sujette à des imperfections, tandis que le droit de nécessité légiféré, ou en tant que conception institutionnelle monarchique, se prête à toutes les situations d'exception. Cela ne veut pas dire que l'on tente de faire un rapprochement de substance entre les deux institutions, car cela serait impossible, par la nature même des choses. L'état de siège ne va d'emblée avec nulle relaxation des frontières de compétence des pouvoirs législatif et exécutif : le Parlement continue de faire la loi autant que l'exécutif continue de l'appliquer. Tandis que le droit de nécessité, dans ses deux intelligences, apporte bien avec lui sa loi d'exception,

qui opère la confusion absolue entre les deux pouvoirs, tant bien que mal séparés auparavant. Le droit de nécessité peut être mis dans le service de l'agression, tandis que l'état de siège ne peut demeurer qu'une arme inoffensive de défense. C'est bien de dire, avec M. BARTHÉLEMY, que la réglementation constitutionnelle de la France, pour le temps de guerre, est bien imparfaite (3), mais nous irons plus loin, et nous dirons qu'elle est, dans un certain sens, virtuellement inexistante. Car, peut-on défendre sérieusement comme applicable en pratique, cette disposition qui porte qu'en cas de guerre étrangère, le Président peut, sur l'avis du Conseil des Ministres, déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi, sauf à convoquer les collèges électoraux, et réunir les Chambres dans le plus bref délai? Nous ne songeons pas à faire, de ce chef, un grief d'infériorité conceptionnelle au législateur français. En effet, qu'on nous démontre ce qui pourrait mieux illustrer ce pacifisme foncier, organique, de la troisième République, qu'une pareille disposition, qui traduit une foi, vraiment olympienne, dans la paix?

Faisant abstraction des qualités ou des défauts de la loi sur l'état de siège, elle envisage deux situations différentes : *l'état de siège réel, militaire* (4) et *l'état de siège politique, ou fictif*. M. BARDOUX a exprimé de cette manière saisissante, la différence entre les deux hypothèses : « Il y aura l'état de siège militaire et l'état de siège politique ; l'un qui est un fait, et l'autre qui est une fiction ; l'un qui a pour but et pour efficacité, par tous les moyens, même contraires au droit de propriété, de protéger l'honneur du commandant d'une place

(3) Op. cit., p. 10, note 2.

(4) Voir la loi du 10 juillet 1791, et le décret du 24 décembre 1811, auxquels renvoient les articles 5 et 10 de la loi de 1849 ; v. également le décret du 4 octobre 1891.

forte, et l'autre qui a pour but de substituer un état politique exceptionnel à un état légal, de supprimer les libertés publiques ». Mais nous croyons que la rhétorique imagée de M. BARDOUX ne doit pas créer la confusion; nous sommes bien loin de la suppression des libertés publiques dans la dernière hypothèse. On connaît également une autre situation : *l'état de guerre fictif* (5), qui produit certains effets, du point de vue de la justice militaire, mais que nous laissons en dehors de notre étude, comme n'ayant aucune emprise sur la matière que nous traitons, quoiqu'elle soit une sensible aggravation de la garantie de justice pour certaines catégories d'individus.

Quoi qu'il en soit, l'état de siège fut déclaré sur l'ensemble du territoire métropolitain et dans les trois départements de l'Algérie, par un décret du Président de la République, en date du 2 août 1914. La loi du 5 août 1914, *relative à l'état de siège*, maintient l'état de siège pour toute la durée de la guerre, avec faculté, pour le Président, de le lever, par décret, et de le rétablir, sur tout ou partie du territoire.

L'état de guerre fut déclaré par deux décrets, en date du 10 août et du 14 septembre, qui ont assimilé fictivement toute la France au théâtre des opérations.

Ces deux mesures, dans l'étendue où elles opèrent, furent certainement des innovations pour le droit public français. Néanmoins, quant à la déclaration de l'état de siège, sa correction formelle était hors de doute, si on la confronte avec les conditions prévues pour sa déclaration, par l'art. premier de la loi du 3 avril 1878. Ces conditions ont bien été satisfaites, au moins du point de vue littéral. En ce qui concerne

(5) V. BARTHÉLEMY, op. cit., p. 21 et SIGNOREL : « Le pouvoir exécutif en temps de guerre », *Revue générale d'administration* 1921, tiré à part, ch. IX, sec. I, p. 266-267. V. également les explications données sur l'état de guerre réel.

l'esprit de la loi, même si on ne s'en est pas tenu à son respect orthodoxe, même dans ce cas, l'irrégularité aurait été couverte par la loi de ratification (6), qui aurait pu abroger, d'une manière implicite, les dispositions contraires de la loi de 1878 qui, finalement, n'est qu'une loi ordinaire, sujette à des modifications par le législateur. Cette mesure généralisée a été favorablement accueillie par le pays car, « loin d'alarmer l'opinion publique, dit M. BARTHÉLEMY, elle l'a, au contraire, rassurée: le pays a eu l'impression réconfortante, en période de crise, qu'il était gouverné ».

En effet, quelles furent les conséquences pratiques de la mise en œuvre de cette loi, comment fut-elle appliquée?

A s'en tenir à la lettre de la loi, ce sont d'abord les pouvoirs énumérés dans l'art. 7 qui passent dans les mains de l'autorité militaire. La présomption qui joue ici, c'est que l'autorité militaire, par l'esprit de discipline et d'expéditivité qu'elle incarne, est mieux placée pour réussir dans la tâche du maintien de l'ordre dans le pays. Mais, ce n'est nullement un transfert inévitable et en bloc de tous les pouvoirs respectifs de l'autorité civile qui passent à l'autorité militaire parce que, comme l'exprime l'article précité, l'autorité civile continue néanmoins à exercer ceux de ses pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie. Ce qu'il y a à remarquer, c'est que le passage de ces pouvoirs à l'autorité militaire se fait avec le même contenu, dans la même étendue, qu'il ont entre les mains de l'autorité civile: il n'y a aucune augmentation d'aucune sorte. L'art. 8 prévoit la justiciabilité, par les tribunaux militaires, pour les individus coupables des délits qu'il énumère. Enfin, c'est l'art. 9 qui nous donne la liste

(6) BARTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 16.

des pouvoirs exceptionnels conférés à l'autorité militaire, pouvoirs qui puisent leur origine dans la législation de l'état de siège, et nulle part ailleurs. Mais, il est bien de corroborer tous ces articles avec l'art. 11, qui porte que les citoyens jouissent de l'exercice de ceux des droits garantis par la Constitution, que la loi sur l'état de siège ne suspend pas : or, précisément, la loi ne suspend que les libertés corrélatives atteintes par l'exercice des pouvoirs énumérés à l'art. 9.

Si tels sont les principes, néanmoins la pratique fut autre. C'est ce qu'exprime M. BARTHÉLEMY, en parlant de l'application pratique de cette loi, au cours de la guerre mondiale : « Le Gouvernement ne se considère pas seulement comme investi, par la déclaration de l'état de siège, des pouvoirs exceptionnels définis par la législation spéciale sur la matière, mais appuyé par la croyance, à peu près universelle, de l'opinion, il se considère comme investi *du pouvoir exceptionnel de prendre toutes les mesures convenables*... C'est donc que, dans une certaine mesure, l'autorité administrative a dû se considérer comme investie par l'état de siège, d'une sorte de pouvoir législatif... »

La pensée de M. BARTHÉLEMY traduit bien la réalité des choses. A l'encontre de l'interprétation juridique, donc limitative, de la législation sur l'état de siège, a prévalu une interprétation prétorienne, large, de la part du Gouvernement, et, dans une certaine mesure, de la part de la jurisprudence. Le Gouvernement s'est érigé, en quelque sorte, dans la posture d'un « *dictateur pour le bien* », mais combien cette dictature fut modérée et sage à côté de ce qu'on verra, par la suite, dans d'autres contrées ! D'ailleurs, les atteintes aux diverses libertés furent plus qu'insignifiantes, vu les circonstances qui les commandaient. N'importe où ailleurs, ces attein-

tes n'auraient pas été relevées. Il faut avoir la mentalité forgée au feu des vérités organiques de 1789 pour s'en apercevoir. Quel autre exemple plus beau de la transcendance de la discipline juridique d'un Etat démocratique nous en serait fourni, que par le Conseil d'Etat qui s'applique avec tout son sérieux et toute son autorité, et cela dans un moment où se jouait le sort de la France, à examiner le pourvoi d'un sieur X, cabaretier, qui a été empêché de faire le transfert, d'une localité à l'autre, de six litres d'Amer ? Reconnaissons donc que les atteintes à ces quelques libertés n'ont pas porté ombrage à la légalité du régime étatique en France, au cours de la guerre, d'une manière trop sérieuse, qui aurait fait sentir la dictature.

Les restrictions imposées ont été surtout dans la liberté de se déplacer sans entraves, dans la circulation par des moyens tels que les automobiles, chevaux ou bicyclettes, chemins de fer, dans l'obligation de garder son domicile à partir d'une certaine heure. Certaines dispositions ont entravé la jouissance de la liberté du commerce dans sa teneur normale, comme, par exemple, les restrictions de la vente des boissons, l'interdiction de la vente de l'absinthe, toutes mesures qui ont eu pour sanction la fermeture des débits de boissons ; des denrées de large consommation ont été tarifées, afin d'éviter les hausses injustifiées de prix, en évitant ainsi que la panique fut semée dans la population.

Dans un autre ordre d'idées, des restrictions ont été apportées, en vertu de l'art. 9 n° 4 de la loi de 1849, à la liberté de réunion et, en vertu de la même loi, fut établie encore la censure sur la Presse. Toutefois, dans le dernier cas, les dispositions de la loi sur l'état de siège furent corroborées avec les dispositions de la loi du 5 août 1914, loi

réprimant les indiscrétions de la Presse en temps de guerre (7). Néanmoins, ni cette loi, ni le n° 4 de l'art. 9 de la loi de 1849, n'établissent une procédure préventive applicable à la Presse. C'est seulement de la répression qu'il s'agit dans les deux hypothèses. La censure préventive a découlé d'une sorte d'entente entre le Gouvernement et les directeurs des publications (8), entente dont la conclusion a été relevée par le Président du Conseil, lors de la séance parlementaire du

-
- (7) La loi du 5 août 1914 interdit de publier, par l'un des moyens énoncés à l'art. 23 de la loi sur la Presse du 29 juillet 1881, des informations et renseignements autres que ceux qui seraient communiqués par le Gouvernement ou le Commandement, sur les points suivants :

Opérations de la mobilisation et du transport des troupes et du matériel ;

Effectifs, Composition des Corps, unités et détachements, ordre de bataille ;

Effectifs des hommes restés ou rentrés dans leurs foyers ;

Effectifs des blessés, tués ou prisonniers ;

Travaux de défense ;

Situation de l'armement, du matériel, des approvisionnements ;

Situation sanitaire ;

Nominations et mutations dans le haut commandement ;

Dispositions, emplacements et mouvements des armées, des détachements et de la flotte ;

En général, toutes informations ou articles concernant les opérations militaires ou diplomatiques de nature à favoriser l'ennemi et à exercer une influence fâcheuse sur l'esprit de l'armée et des populations.

- (8) Note du Gouvernement communiquée aux journaux, le 4 août 1914 :

« Dans leur séance du 4 août, les deux Chambres ont voté comme une des armes de la défense nationale, une loi interdisant de publier sous peine d'un emprisonnement de un à cinq ans, tous renseignements autres que ceux communiqués par le Gouvernement sur la mobilisation et les mouvements de l'armée, ainsi que toute information concernant les opérations militaires ou diplomatiques, de nature à favoriser l'ennemi et à exercer une influence fâcheuse sur l'esprit de l'armée et des populations.

« La loi de 1849 sur l'état de siège, donne à l'autorité militaire un pouvoir plus radical encore, lui permettant d'interdire complètement les publications qu'elle juge de nature à favoriser l'ennemi et à exercer une influence fâcheuse sur l'esprit de l'armée et de la population.

« Le Gouvernement espère qu'il ne sera pas nécessaire de recourir aux dispositions rigoureuses de ces deux lois : la Presse fran-

4 mars 1915 (9). Cette censure a été exercée par l'autorité militaire, qui en avait la compétence pour interdire les publications qu'elle jugeait dangereuses. Toutefois, il semble qu'il y aurait à faire quelques réserves sur la qualité de cette censure (10). La censure ne s'est pas exercée seulement sur les imprimés périodiques, mais sur toutes sortes d'écrits. La censure a été appliquée aussi aux spectacles, parce que, à la rigueur, ils sont plus ou moins des hypothèses, prévues par ces textes spéciaux.

Cette large interprétation que l'on a donnée au texte sur l'état de siège, a prévalu également dans la jurisprudence qui a eu à se prononcer sur la légalité des mesures prises. Mais, tandis que la jurisprudence administrative, représentée par les Arrêts du Conseil d'Etat, couvre d'une manière conséquente l'initiative gouvernementale, en même temps, la jurisprudence judiciaire, représentée par les Arrêts de la Cour de Cassation, est moins encline à tirer les dernières conséquences que comporte le génie de cette législation exceptionnelle. Les deux sortes de décisions représentent des tendances tout à fait caractéristiques dans ce sens. Pour une meilleure docu-

çaise, au cours des nombreuses crises, a montré combien elle savait, sans y être en quoi que ce soit contrainte, se discipliner et collaborer avec le Gouvernement dans une fin patriotique...

« Le Gouvernement compte sur le bon vouloir patriotique de la Presse de tous les partis, à Paris et en province, pour ne pas publier une seule information concernant la guerre, quelle que soit sa source, son origine, sa nature, sans qu'elle ait été visée au Bureau de la Presse, établi depuis hier au Ministère de la Guerre.

« Mais la responsabilité qui pèse sur lui est trop lourde la cause qu'il défend est trop juste pour qu'il hésite à appliquer, toutes les fois qu'il en sera nécessaire, les lois dont il est armé et dont la durée est expressément limitée à la période de guerre, dans toute leur rigueur. »

- (9) « La loi n'était pas votée (il s'agit de la loi du 5 août 1914) que toute la Presse, — et je lui rends hommage, — s'est rendue auprès du Gouvernement et lui a demandé de substituer à cette loi, qui avait un caractère répressif, un usage qui eût un caractère préventif »,
- (10) BARTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

mentation, il sera utile de reproduire les considérants de quelques-uns de ces Arrêts.

Ainsi, l'interprétation extensive du n° 4 de l'art. 9 de la loi de 1849, se trouve dans l'Arrêt du Conseil d'Etat en date du 6 août 1915 (11).

« Considérant — porte l'Arrêt — que l'article 9, paragraphe 4, de la loi du 9 août 1849, a pour but de donner à l'autorité militaire, chargée d'assurer la sécurité publique dans les territoires déclarés en état de siège, le pouvoir d'empêcher les réunions de toute espèce qui seraient de nature à exciter, ou à entretenir le désordre; qu'il vise, en conséquence, non seulement les réunions concertées et organisées en vue de la défense d'idées ou d'intérêts, c'est-à-dire les assemblées auxquelles s'appliquent les dispositions des lois qui ont réglementé l'exercice du droit de réunion, notamment de la loi du 30 juin 1881, sur la liberté de réunion, mais encore les rassemblements de fait, même accidentels, de citoyens, dans tous les lieux ouverts au public, tels que cafés, débits de boissons, etc., lorsque ces réunions pourraient, en engendrant des désordres, compromettre les intérêts dont l'autorité militaire a la garde pendant la durée de l'état de siège;

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède, qu'en prononçant, dans le but de faire cesser une cause de désordre, la fermeture du débit de boissons du Sieur Delmotte, pour un temps qui ne devrait excéder la durée des hostilités, le Commandant d'Armes de la place d'Annecy, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'art. 9, par. 4, de la loi du 9 août 1849... » Le même jour fut rendu un autre Arrêt, qui

(11) V. *Revue de droit public*, 1915, p. 700, avec note de M. JÈZE.

rejette la requête du Sieur Senmartin, dont le débit avait été également fermé (12).

Le point de vue du Conseil d'Etat, tel qu'il résulte de ces Arrêts (voir note 12), peut être concrétisé de la manière suivante :

1) Le régime de temps de guerre est un régime de légalité : le contrôle juridictionnel s'exerce sur tous les actes de l'administration ; c'est au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, juges de la légalité des actes de l'administration, à préciser l'étendue du pouvoir de police ; tant le recours pour excès de pouvoir, que le recours en cassation, contre les décisions des tribunaux de police sont recevables (Voir arrêt Dol et Laurent) (13).

- (12) Dans le même sens, l'arrêt très caractéristique du 28 février 1919, DOL et LAURENT (*Revue de droit public*, 1919, p. 339) avec conclusions de M. CORNEILLE, commissaire du Gouvernement ; l'arrêt du 9 janvier 1920, MUSART (*Revue de droit public*, 1920, p. 88), qui traduit exactement la manière de voir du Conseil d'Etat : « Les limites du pouvoir de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale, que de la loi du 9 avril 1849, ne sauraient être les mêmes en temps de paix et pendant la période de guerre, où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent, pour la sécurité publique, des mesures plus rigoureuses.

« Il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent les pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu et la nature des périls qu'il importe de prévenir.

« Les agissements de personnes suspectes d'être dangereuses pour la défense nationale se sont multipliés dans la région des armées, et ont revêtu un caractère tout particulier de gravité, dont l'autorité publique avait le devoir de se préoccuper, en vue de prévenir le danger qui résultait de la présence de personnes de ce genre près du front, dans le voisinage des troupes, et de leur fréquentation.

« Il est apparu que la mesure faisant l'objet du présent pourvoi, s'imposait pour sauvegarder d'une manière efficace l'intérêt national. Par suite, en ordonnant l'évacuation du requérant, l'autorité militaire n'a pas excédé ses pouvoirs ».

- (13) « Il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu... ».

2) Qu'en temps de guerre, « les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses » (14).

3) Que la législation de l'état de siège ne doit pas se combiner avec les lois ordinaires, elle ne peut pas s'interpréter au moyen des principes et des expressions de ces lois, car elle a pour but de les contrecarrer en bloc, en substituant à l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, qui forcément l'amènent, et qui indubitablement le justifient (Conclusions de M. Louis Corneille) (15).

4) Que l'autorité militaire qui a la garde des intérêts publics pendant la guerre, peut prendre des règlements valides appropriés, pourvu qu'ils servent l'intérêt de l'ordre et de la défense nationale.

C'est évidemment une interprétation un peu prétorienne de la loi de l'état de siège. Mais, il ne faut pas tirer des conclusions trop exorbitantes de ces quelques données fournies par la juridiction administrative. Comme nous le disions plus haut, les mesures, même extensives, prises en vertu de l'état de siège, n'ont apparemment porté beaucoup d'ombrage qu'à quelques cabaretiers et proxénètes véreux. Quant à nous, nous sommes disposés à ne voir, dans la plupart de ces mesures, que des mesures soit de simple police, soit des applications un peu « draconiennes », mais quand même des applications de la législation sur l'état de siège. Ce n'est pas dans cette matière concernant l'état de siège, qu'on peut faire le grief d'illégalité à l'exécutif français; comme on le

(14) R. droit public, 1919, p. 339 et suiv.

(15) R. droit public, 1915, p. 705.

verra par la suite, c'est en édictant des décrets-lois, que le Gouvernement français a enfreint effectivement la légalité.

Quant à la jurisprudence de la Cour de Cassation, elle a appuyé, par ses arrêts du 26 août 1916 et du 28 octobre 1915 notamment, l'exercice modéré des prérogatives résultant de l'état de siège (16).

Au contraire, elle a considéré comme illégale, par son arrêt du 23 septembre 1915, la prohibition absolue du commerce de l'alcool dans une région déterminée (17). Dans son arrêt du 20 avril 1916, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a formulé deux considérants d'ordre général, qui peuvent se résumer ainsi :

1) Si, en vertu de l'article 7, de la loi du 9 août 1849, les pouvoirs dont l'autorité civile est revêtue passent, dans leur ensemble, à l'autorité militaire, cela ne signifie nullement que ces pouvoirs seraient modifiés et étendus par ce seul fait.

2) Que les arrêtés que l'autorité militaire prend, en vertu de l'art. 9 de la loi de 1849, ne sont pas sanctionnés par l'art. 471, par. 15, du Code Pénal, à l'encontre de ceux qu'il prend en vertu de l'art. 7 de la même loi (18).

(16) Dans le même sens, arrêt de la Cour de Cassation en date du 13 juillet 1915 (R. droit public, 1915, p. 711, avec note de M. JÈZE).

(17) « Attendu que, si l'autorité militaire substituée à l'autorité civile, à raison de l'état de siège, en vertu de l'art. 7 de la loi du 9 août 1849, avait le droit de réglementer et de restreindre, dans l'intérêt de l'ordre et de la police, le commerce de l'alcool et des boissons alcoolisées et notamment d'interdire la vente au détail des spiritueux, à toutes personnes, dans les débits de boissons, elle n'a pu interdire complètement ce commerce, dans une région déterminée, sans violer l'art. 7 de la loi du 2 mars 1791.

D'où il suit qu'en se refusant de faire application aux prévenus de l'article 471, par. 15, du Code pénal, le tribunal, loin de violer la loi, s'y est exactement conformé ».

(18) C'est cette dernière énonciation qui est sujette à la critique : en faisant cette discrimination, la Cour de Cassation refuse simple-

On ne peut qu'applaudir à ce rigorisme juridique; mais, nous le disons encore une fois : même s'il a été enfreint, ce ne fut que par exception; or, les exceptions ne font que confirmer la règle générale.

En guise de conclusion, nous dirons que sous l'empire de l'état de siège, le pouvoir exécutif français n'a nullement méconnu la séparation des pouvoirs, en édictant de son propre gré de nouvelles règles de droit, modifiant, abrogeant ou suspendant des lois antérieures. Que ses agents, civils ou militaires, aient escompté un sens fortement extensif à la lettre et à l'esprit de la loi sur l'état de siège, personne ne veut le nier; mais, de là à voir, dans quelques prescriptions particulièrement « draconiennes », l'édiction de nouvelles règles de droit, il y a un long chemin. Pour trouver cette activité législative du Gouvernement, il faut se tourner d'un autre côté, du côté des décrets-lois, qui furent pris surtout au début de la guerre.

2. — LES LOIS DE CIRCONSTANCE

Il est hors de doute que les lois votées par le Parlement français, dans la séance du 4 août 1914, n'ont eu rien de particulier au point de vue formel, sinon qu'elles ont fait l'objet d'une procédure d'extrême urgence. Et, cependant, la participation indirecte de l'exécutif à la confection de ces lois, a été une participation d'une intensité exceptionnelle. Le Gouvernement n'a fait que démontrer l'extrême importance qu'il y avait à adopter ces projets et le Parlement a

ment la sanction aux contraventions à l'art. 9. Or, il n'a pas été certainement dans l'intention du législateur de 1849, de faire une loi imparfaite, car, autrement, l'on contraindrait l'autorité militaire d'appuyer, « manu militari » ces prescriptions.

acquiescé, sans hésitation, à sa demande. Par le fait qu'elles ont été votées sans discussion, l'on pourrait dire, à la rigueur, que ce fut une législation virtuellement d'essence gouvernementale : évidemment, cela n'a nullement préjudicié aux rouages normaux de la machine parlementaire, au moins dans l'acception formelle des choses. Toutefois, une remarque s'impose : ce fléchissement momentané en face du mandement exécutif, fut le premier moment psychologique qui ait opéré une sorte d'interversion sur l'échelle de la primauté, entre les deux pouvoirs. Au moins pendant cinq mois, l'institution parlementaire s'efface dans l'ombre pour faire ressortir d'autant plus fortement la primauté gouvernementale. Après le vote de ces lois, Chambre et Sénat s'ajournèrent, pour être définitivement renvoyés en vacances le 3 septembre (Décret du Gouvernement daté de Bordeaux). C'est seulement le 12 décembre, que le Corps Législatif fut convoqué dans une autre session extraordinaire, pour le 22 du même mois ; mais cette session extraordinaire n'a duré encore que deux jours. Est-ce que, dans ce laps de temps qui sépare les deux sessions extraordinaires, celle d'août de celle de décembre, les assises juridiques préexistantes en même temps que cette quinzaine de lois hâtivement votées, ont été suffisantes pour faire face aux mandements, tant imprévus, du moment ? La suite de cette étude le montrera ; en tout cas, l'objet de ces lois votées au seuil de la guerre, ont été les suivants (19) :

1) Crédits supplémentaires et extraordinaires à ouvrir par décrets, pour les besoins de la défense nationale.

2) Allocations aux familles nécessiteuses, dont le soutien serait appelé, ou rappelé, sous les drapeaux.

(19) SIGNOREL, *op. cit.*

3) Augmentation de la faculté d'émission des Banques de France et de l'Algérie; établissement, à titre provisoire, du cours forcé de leurs billets et approbation des conventions passées avec ces établissements.

4) Cumul de la solde et du traitement civil.

5) Prorogation des échéances.

6) Fonctionnement des Cours d'Appel et des Tribunaux de première instance, pendant la durée de la guerre.

7) Suppléance des officiers publics et ministériels.

8) Autorisation aux Gouverneurs Généraux et aux Gouverneurs des Colonies de suspendre les droits applicables aux denrées d'alimentation.

9) Remboursement des billets des Banques Coloniales.

10) Etat de siège.

11) Amnistie pour les insoumis et les déserteurs de l'armée de terre et de l'armée de mer.

12) Admission des Alsaciens-Lorrains dans l'armée française.

13) Attribution à l'autorité militaire du droit de pourvoir, par voie de réquisition, au logement et à la subsistance des individus expulsés des places fortes, comme bouches inutiles.

14) Attribution à l'autorité militaire du droit de pourvoir au logement et à la substance des personnes étrangères évacuées sur certaines régions de l'intérieur.

15) Incorporation, en temps de guerre, des hommes de troupe et officiers de l'armée territoriale, dans l'armée active, et réciproquement.

16) Répression des indiscrétions de la Presse, en temps de guerre.

17) Nomination au grade de sous-lieutenant des élèves

des Ecoles Polytechnique et Spéciale Militaire, entrés à ces Ecoles en 1913, sous le régime de la loi du 7 août 1913.

Cet ensemble de normes, quoique fort impressionnant, n'a pas été suffisant pour épuiser toutes les hypothèses imaginées par le hasard de l'imprévu ; ainsi serons-nous amenés à étudier cet autre ensemble des normes d'exception constitué par les décrets-lois.

3. — DES DÉCRETS-LOIS EN FRANCE AU COURS DE LA GUERRE DE 1914-1918 (20)

Mieux que toute autre force belligérante, la France a ressenti, avec une grande intensité, tous les chocs portés à son organisme par la guerre. Avec sa situation centrale sur le théâtre des opérations, avec la mobilisation entière de ses forces, la France a été la plus obligée de pourvoir, avec des mesures rapides et efficaces, à toute une série de mandements nouveaux engendrés par l'état de guerre. L'urgence absolue,

(20) Les décrets-lois ne sont point une nouveauté pour le droit public français. Tous les auteurs sont d'accord pour ranger dans cette catégorie certains règlements impériaux, qui ont manifestement usurpé sur le domaine législatif. Le fait n'est pas pour surprendre. Les régimes absolutistes sont, par leur nature même, enclins à confondre le domaine de la loi et celui du règlement, au profit de ce dernier. Dans un pareil régime, la règle est ce qui devrait, en fait, être l'exception. Evidemment, ce n'est pas à l'usurpateur de reconnaître et de proclamer son usurpation : aussi a-t-il été organisé, sous le premier Empire, une procédure de contrôle, concernant la constitutionnalité de pareils actes, procédure patronnée par le Sénat conservateur. Comme il était tout naturel, ce mécanisme n'a pas joué ainsi qu'il lui aurait fallu jouer. Les règlements législatifs ont été appliqués tels quels, sans que personne ait soulevé le grief d'inconstitutionnalité. Le second Empire a vu la réédition de ce phénomène, si organiquement lié à l'absolutisme. Mais, rattacher ces décrets uniquement à de semblables régimes, serait éclairer une seule face du problème. Or, il est plus complexe. La preuve nous en est fournie par les décrets-lois du Gouvernement et de la Défense Nationale. A coup sûr, c'était un régime politique aux tendances diamétralement opposées à l'absolutisme, et, pourtant il n'a pas hésité à faire sien l'instrument cher aux autocrates.

le caractère inéluctable de ces mesures, ont amené le Gouvernement à une extension arbitraire de ces pouvoirs, extension qui n'avait nulle part son point d'appui si l'on voulait se réclamer d'un texte législatif. La force des choses a bien obligé le Gouvernement à outrepasser ses attributions; il n'y avait aucune issue pour faire face à une situation nouvelle et critique, dans des dimensions inconnues jusqu'alors.

En effet, l'ajournement des Chambres n'a pas été, peut-être, ni dans la lettre, ni dans l'esprit de la Constitution (21). Mais quel bel exemple que celui des représentants de la nation sous les armes, prenant eux-mêmes les armes au lieu de délibérer à l'abri de tout risque!... Dans ce sens, on peut dire qu'il y a eu mandement moral et civique d'ajourner le Parlement ou, pour mieux dire, qu'il y a eu impossibilité morale de le réunir. Il est vrai que ce raisonnement ne vaut que pour les premiers mois de la guerre; à ce moment-là, personne n'osait croire que le cataclysme sévirait plus d'un laps de temps très limité. La croyance à peu près unanime était qu'une guerre, poursuivie avec des armements modernes, serait une guerre à issue rapide. Mais les choses se prolongeant au delà des prévisions, après s'être ressaisis quelque peu, Gouvernement, Parlement et opinion publique, marquèrent le désir de revenir au train normal des choses; la machine étatique a recommencé sa marche régulière, au moins à partir de la session régulière du Parlement, en 1915.

Mais, jusqu'à cette date, en faisant litière de la session parlementaire de décembre, qui a duré deux jours en tout, le Gouvernement était seul à pourvoir aux nécessités de la situation critique; quand nous disons qu'il était seul, nous

(21) V. les vues de M. BARTHÉLEMY, dans la série des articles précités; dans le même sens ESMEIN et NÉZARD, *op. cit.*, p. 101.

n'entendons pas par là qu'il était le seul à synthétiser la défense en face du danger : cela serait rendre un piètre hommage à l'héroïsme de la population qui versait effectivement son sang ! Mais, nous voulons dire qu'il a été dépourvu du concours de l'autre grand organisme institutionnel, du Parlement, pour assurer la marche et la continuité de la vie dans l'Etat, conformément aux prescriptions de la loi fondamentale. Sous l'empire de cette situation adverse, le Gouvernement a pris toute une série de règlements qui dépassaient visiblement la sphère des attributions du pouvoir réglementaire : ils n'avaient leur source nulle part, sinon dans l'obligation de sauver l'intérêt primordial de l'Etat, son existence. De cette manière, le Président de la République a pris des règlements qui, non seulement ont suspendu des lois, mais qui les ont également modifiées. Ces règlements ont constitué autant d'empiètements sur le domaine de la loi : en partant de ce seul criterium, en conformité avec la définition que nous avons donnée, ils ont été de véritables décrets-lois.

La plupart d'entre eux ont trait à l'organisation militaire ; ils sont énumérés dans la loi de ratification du 30 mars 1915 (22) *loi portant ratification de décrets réglant diverses mesures d'organisation militaire.*

(22) *Journal Officiel*, mars 1915, p. 47-48-49. Les décrets contenus dans cette loi, sont les suivants :

1° Décret du 2 août 1914, relatif à la réintégration dans leur ancien grade d'officiers démissionnaires.

2° Décret du 10 août 1914, autorisant les engagements pour les sujets tunisiens.

3° Décret du 13 août 1914, instituant un contingent spécial de décorations (Légion d'honneur et Médaille Militaire) en faveur des militaires, marins et fonctionnaires civils et mobilisés.

4° Décret du 15 août 1914, portant suspension, pendant la durée de la guerre, de l'application des dispositions de l'art. 65 de la loi de finances du 22 avril 1905.

5° Décret du 15 août 1914, modifiant les dispositions réglementaires en vigueur, en ce qui concerne l'admission à la retraite et le

D'autres décrets ont eu trait à la discipline des fonctionnaires, comme le décret du 10 septembre 1914, qui généralise la mesure du décret du 15 août 1914 (voir la note 24); à l'interdiction du commerce avec les sujets des états ennemis, comme le décret du 27 septembre 1914; à l'ajournement des élections au Conseil des Prud'hommes, comme le décret du 24 novembre 1914; à l'admission des Instituteurs Belges dans l'enseignement français, comme le décret du 15 septembre 1914; à l'ouverture de nouveaux débits de boissons et à la prohibition de l'absinthe, comme le décret du 7 janvier 1915.

L'illégalité de tous ces décrets était si peu douteuse (23) que le Gouvernement s'est empressé de les soumettre à la ratification du Parlement, qui les a convertis en lois (en employant cette expression, nous le faisons dans le sens qu'on

passage anticipé, dans la section de réserve, des officiers généraux et fonctionnaires de grades correspondants.

6° Décret du 25 août 1914, relatif à la nomination, au grade de sous-lieutenant de réserve, des élèves de l'Ecole Nationale des Mines, de l'Ecole Centrale des Arts et Manufactures et de l'Ecole des Ponts et Chaussées.

7° Décret du 29 août 1914 concernant la réintégration dans leur ancien grade, des sous-officiers, brigadiers ou caporaux dégagés de toute obligation militaire et désireux de reprendre du service pendant la durée de la guerre.

8° Décret du 1^{er} septembre 1914 relatif à la nomination au grade de sous-lieutenant, des élèves de l'Ecole Normale Supérieure et des élèves de l'Ecole Nationale des Eaux et Forêts.

9° Décret du 2 septembre 1914, relatif au recensement et à la révision de la classe 1915.

10° Décret du 6 septembre 1914, relatif au fonctionnement des Conseils de guerre.

11° Décret du 9 septembre 1914 convoquant devant les Conseils de révision, réunis pour examiner le contingent de la classe 1915, les hommes réformés, ou exemptés des classes antérieures.

12° Décret du 9 septembre 1914, suspendant le fonctionnement des Conseils d'enquête, pendant la durée de la guerre.

13° Décret du 12 septembre 1914, relatif au transfert des Conseils de guerre.

14° Décret du 16 septembre 1914, relatif à l'engagement des mineurs de vingt ans.

lui a assigné), notamment par la loi précitée, la loi du 10 avril 1915 (24), du 3 août 1915 (25), etc. Mais l'habitude de la législation par décrets a persévéré, même après la réunion du Parlement, à une époque où celui-ci était en session (en fait, à partir du mois de janvier 1915, le Parlement a siégé presque en permanence). Dans cet ordre d'idées, on peut citer le décret du *31 septembre 1916*, sur la réquisition de l'exploitation industrielle des services publics; le décret du *10 avril 1917*, sur la fabrication et la vente de la pâti-

15° Décret du 20 septembre 1914, relatif à la visite, par les Conseils de révision, des inscrits à la classe 1915.

16° Décret du 22 septembre 1914, relatif à l'avancement dans l'armée.

17° Décret du 24 septembre 1914 attribuant aux Contrôleurs adjoints, pendant la durée de la guerre les fonctions de Contrôleurs.

18° Décret du 26 septembre 1914, relatif à la visite des hommes du service auxiliaire.

19° Décret du 9 octobre 1914, organisant l'institution d'office de délégation de solde au profit des femmes, des descendants ou des ascendants des militaires mobilisés.

20° Décret du 12 octobre 1914, relatif à la création de bataillons dans la Légion Étrangère.

21° Décret du 26 octobre 1914, modifiant le décret du 9 octobre 1914, organisant l'institution d'office de délégations de solde au profit des femmes, des descendants ou ascendants des militaires mobilisés.

22° Décret du 27 octobre 1914, portant application aux brigadiers de gendarmerie et aux gendarmes retraités depuis moins de cinq ans, des dispositions édictées, en ce qui concerne les sous-officiers, par l'art. 65 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement.

23° Décret du 6 novembre 1914, relatif aux agents des Postes et des Télégraphes, mis à la disposition du Ministre de la Guerre, en cas de mobilisation.

24° Décret du 7 novembre 1914, portant création de Compagnies de Cantonniers.

25° Décret du 12 novembre 1914, relatif à la nomination, à titre temporaire, pendant la durée de la guerre, au grade de sous-lieutenant ou assimilé.

26° Décret du 12 novembre 1914 relatif à l'admission des officiers de réserve dans l'armée active.

27° Décret du 18 novembre 1914, suspendant, pendant la durée de la guerre, pour les nominations à l'emploi de médecin auxiliaire, l'obligation d'avoir accompli un an de service actif et d'avoir subi un examen d'aptitude.

28° Décret du 23 novembre 1914, rendant applicable aux fem-

serie, le décret du 16 avril 1917, sur la consommation de l'essence de pétrole.

C'est un ensemble de décrets qui, par leur nombre, a de quoi impressionner. Divers considérants ont été invoqués à leur appui, pour acquiesser leur légitimité. Ainsi, nous serons amenés à passer en revue les essais de justification, d'abord du Gouvernement, et ensuite de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

mes ascendants ou descendants des militaires de la gendarmerie et des troupes coloniales, les dispositions des décrets des 9 et 26 octobre 1914 organisant l'institution d'office des délégations de solde.

29° Décret du 2 décembre 1914 suspendant, pour la durée de la guerre, pour la nomination au grade de vétérinaire auxiliaire, l'obligation d'avoir accompli un an de service actif, et d'avoir subi un examen d'aptitude.

30° Décret du 3 décembre 1914, relatif au recrutement et à la révision de la classe 1916.

31° Décret du 3 décembre 1914, relatif au maintien de la classe 1887 à la disposition du Ministre pour la durée de la guerre.

32° Décret du 3 décembre 1914 concernant l'avancement des brigadiers et caporaux pendant la durée de la guerre.

33° Décret du 3 décembre 1914 relatif aux nominations, à titre temporaire au grade d'interprète stagiaire, de complément, pendant la durée de la guerre.

34° Décret du 3 décembre 1914, modifiant le décret du 12 novembre 1914, relatif à l'admission des officiers de réserve dans l'armée active.

(23) *Le décret du 9 septembre 1914*, qui convoque, devant les Conseils de révision réunis pour examiner le contingent de la classe 1914, les hommes réformés ou exemptés des classes antérieures, qui, par leur âge, appartiennent encore à une classe soumise aux obligations militaires, touche aux droits de ceux qui pouvaient se réclamer de l'exemption définitive du service militaire. Le décret du 15 août 1914, modifiant les dispositions réglementaires en vigueur, en ce qui concerne l'admission à la retraite et le passage anticipé dans la section de réserve, des officiers généraux et fonctionnaires des grades correspondants, touche aux dispositions de la loi du 16 février 1912, organisant la mise à la retraite d'office des officiers généraux et qui ne permettait le recours à cette mesure que moyennant certaines garanties que le décret rend inapplicables.

Le décret du 9 septembre 1914, portant fonctionnement des conseils d'enquête, pendant la durée de la guerre, est contraire aux dispositions de l'art. 13 de la loi du 19 mai 1834. *Le décret du 15 août 1914* portant suspension pendant la durée de la guerre, de l'application de la disposition de l'art. 65 de la loi de finances du 22

a) ESSAI DE JUSTIFICATION DE LA PART DU GOUVERNEMENT

La doctrine du Gouvernement, si on peut l'appeler ainsi, en ce qui concerne la tentative de justifier sa procédure, peut se résumer sous deux chefs (26) :

- 1) La nécessité;
- 2) La quasi-légalité.

1^{er}) En effet, le rapport du Gouvernement au Président de la République, qui précède le décret du 13 août 1914, débute ainsi (27) :

« Monsieur le Président,

« Le Gouvernement se trouve, *en l'absence des Chambres, dans l'impossibilité* de demander au Parlement des contingents spéciaux de croix de la Légion d'honneur et de Médailles militaires pour les troupes mobilisées.

« Le Pays ne comprendrait pas pourtant que l'on attendît la paix pour récompenser les militaires, les marins, les fonctionnaires civils mobilisés... »

avril 1905 et le décret du 10 septembre 1914 qui généralise cette mesure à tous les fonctionnaires se qualifient par eux-mêmes. Le décret du 27 septembre 1914 interdisant le commerce avec les sujets des nations ennemies quoique fort utile et répondant à des nécessités incontestables fut néanmoins contraire aux lois en vigueur. Le décret du 15 septembre 1915, relatif à l'ajournement des élections de membres des Conseils de Prud'hommes, contreviennent aux lois qui fixent les dates des diverses élections. Les deux décrets du 7 janvier 1915, qui interdisent la vente de l'absinthe et l'ouverture de nouveaux débits de boissons contreviennent aux termes de la loi du 2 mars 1791. En général, les décrets qui ont trait à l'organisation de l'armée et qui sont énumérés par la loi ratificative du 30 mars 1915, contreviennent, presque sans exception, à la législation en vigueur concernant cette organisation.

(24) *Journal Officiel*, 1915, Avril, p. 2.124.

(25) *Journal Officiel*, p. 5.401.

(26) BARTHÉLEMY, op. cit., III, p. 21.

(27) *Journal Officiel*, mars 1915, p. 1.749.

Le rapport qui précède le décret du 15 août 1914, est plus explicite (28):

« Monsieur le Président,

« Aux termes de l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905, les fonctionnaires civils et militaires ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les pièces composant leur dossier, avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire, d'un déplacement d'office ou d'un retard dans l'avancement de l'ancienneté.

« Cette mesure n'est pas, en ce qui concerne les militaires des armées de terre et de mer, compatible avec les *nécessités du temps de guerre*, qui exigent que les sanctions disciplinaires soient immédiates... »

2^m) Le rapport qui précède le décret du 9 sept. 1914 (29) porte :

« Monsieur le Président,

« ...Dans ces ordres d'idées, il paraît conforme, d'une part *aux intentions du législateur*, et, d'autre part, aux intérêts de la défense nationale, de soumettre à une nouvelle visite médicale tous les réformés et les exemptés, dont la classe de recrutement est encore soumise aux obligations militaires » (30).

Comme l'on s'en rend compte, la doctrine Gouvernementale est peu compliquée : elle invoque d'abord la nécessité de prendre certaines mesures d'ordre législatif, en l'absence du Parlement, pour escompter ensuite l'intention hypothétique du législateur, intention qui est desservie par le décret. Quoi-

(28) *Journal Officiel*, ibid.

(29) *Journal Officiel*, ibid.

(30) Dans le même sens, rapports aux décrets du 7 janvier 1915.

que sans nulle prétention d'approfondir juridiquement le problème en soi, néanmoins, les motifs fournis par le Gouvernement ont ceci de méritoire qu'ils ne contiennent pas l'aveu brutal de la nécessité, sa seule suffisance. Quant à l'argument de la quasi-légalité, il est certainement nouveau et intéressant, comme le dit M. BARTHÉLEMY, car « au lieu de faire un projet de loi le Gouvernement prend, sur une matière qui est du domaine législatif, un *décret* qui a une certaine valeur par lui-même, qui est immédiatement exécutoire, et qui restera, jusqu'à ce que les Chambres aient pris une solution contraire ».

b) LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DÉCRETS-LOIS

Dans cette matière encore, se sont manifestées les deux tendances différentes d'envisager l'initiative gouvernementale, à savoir la large tendance du Conseil d'Etat, qui a pour but de la couvrir et de lui trouver un fondement juridique, et la tendance restrictive de la Cour de Cassation, beaucoup moins encline à voir une manifestation juridique régulière dans les actes respectifs du pouvoir exécutif. Caractéristique, au point de vue de la première tendance, est l'arrêt du Conseil d'Etat dans l'affaire *Heyriès*, en date du 28 juin 1918, qui a eu à se prononcer sur la légalité du décret du 10 septembre 1914.

« Considérant que — dit l'arrêt — pour demander l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision en date du 22 octobre 1916, qui l'a révoqué de son emploi de dessinateur de deuxième classe du Génie, le sieur Heyriès soutient, d'une part, qu'il avait droit à la communication des pièces de son dossier, en vertu de l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905, dont l'application n'a pu être suspendue par le décret du

10 septembre 1914; d'autre part que, en tout cas, les formalités prévues au décret du 16 septembre 1914 n'ont pas été observées;

« *Sur le premier point* : Considérant que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche, qu'il lui appartient, à la date du 10 septembre 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication, prescrite par l'art. 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer et d'entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité.

« Considérant qu'en décidant, par le décret pris à la date sus-indiquée, que l'application de l'art. 65 serait suspendue provisoirement pendant la guerre..., le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et qu'ainsi la décision du Ministre de la Guerre, rendue confor-

mément aux dispositions dudit décret, n'est pas entachée d'excès de pouvoir » (Rejet.) (31).

Comme il ressort des considérants de cet arrêt, c'est le pouvoir réglementaire du Président, prévu par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui sert de premier support pour fonder la légitimité des règlements, pris même à l'encontre des lois, *contra legem* (32). En effet, il lui incombe d'assurer l'*exécution des lois*, et, de plus, à

(31) Dans le même sens l'arrêt *Verrier*, antérieur en date, du 30 juillet 1915 (*Revue de droit public*, 1915, p. 479, avec note de M. JÈZE). Nous avons cru plus utile de nous référer à l'arrêt HEYRIÈS, parce qu'il marque déjà une jurisprudence constante et suivie. Dans le même sens encore, l'arrêt SAUPIQUET et VION, du 1^{er} août 1919 (*Revue droit public*, 1919, p. 339). Tout à fait net dans ses expressions est l'arrêt du 14 mai 1920, *Syndicat National de la Boulangerie de Paris* (*Rec.*, p. 449) qui mérite d'être reproduit :

Conseil d'Etat, 14 mai 1920 (*Syndicat National de la Boulangerie de Paris*) *Rec.*, p. 449.

« Considérant, qu'aux termes de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, d'édicter à toute époque, les prescriptions indispensables que comporte cette exécution selon les nécessités résultant des circonstances, et conformément au but que s'est proposé le législateur ; considérant qu'à la date où le décret attaqué a été pris, le déficit de la production en céréales et les difficultés croissantes des transports imposaient au Gouvernement chargé par les diverses lois sus-visées de pourvoir au ravitaillement militaire et civil, l'obligation de prendre des mesures exceptionnelles pour assurer ce service, nationale ; que spécialement la limitation des disponibilités en farines panifiables ; que spécialement, la limitation des disponibilités en farine panifiables rendait indispensable une réglementation plus stricte, en vue d'éviter le gaspillage ; que les boulangers, à raison même du fait qu'ils étaient détenteurs de ces farines, devaient être l'objet de dispositions particulièrement sévères, et de nature à les empêcher d'affecter des denrées panifiables à un emploi autre que la fabrication du pain ; que c'est dans ce but qu'interdiction leur a été faite, par le décret attaqué, de fabriquer, mettre en vente, ou vendre de la pâtisserie, biscuiterie, ou confiserie, et, qu'ainsi cette interdiction rentrait dans l'exercice des pouvoirs conférés au Chef de l'Etat par la loi du 25 février 1875 ; que si c'est seulement le 10 février 1918 que l'autorité législative, en confirmant les règles posées par ledit décret, leur a donné pour l'avenir la sanction des pénalités spéciales, qu'elle a édictées, il n'en résulte pas que ladite réglementation fût, antérieurement, à cette dernière date, entachée d'excès de pouvoir ».

(32) JÈZE : *Revue de droit public*, 1915, p. 479.

ce que les services publics institués par les lois et règlements, soient en état de fonctionner à toute époque ; c'est donc encore assurer l'exécution des lois que de réussir dans cette tâche. Que, dès lors, si par une prescription, bien que légale, le fonctionnement d'un service quelconque, nécessaire à la vie nationale — et c'est ici qu'intervient le deuxième argument-support, la nécessité — serait arrêté par le respect de la prescription légale, il sera tout légitime et régulier de mettre cette prescription de côté et, qu'en conséquence, troisième argument-support, le Président a la mission *d'édicter lui-même les mesures indispensables* pour l'exécution des services publics placés sous son autorité, exécution qui doit se faire d'une manière nouvelle. L'argumentation du Conseil d'Etat peut être concrétisée de la manière suivante :

1) La base juridique des règlements incriminés est toujours le pouvoir réglementaire prévu par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ;

2) Ce pouvoir est élargi, en l'occurrence, en vertu des nécessités de la défense nationale ;

3) Cet élargissement s'opère par la latitude accordée au Président d'édicter des mesures *contra legem*, en vue d'assurer le fonctionnement des services nécessaires à la défense nationale ;

4) En conséquence, qu'il n'est pas tenu au respect des lois qui contrecarrent ce but, et qu'il peut les modifier valablement par décret (33), sauf à ce que ces décrets soient ratifiés par le Parlement (Voir conclusions du Commissaire gouvernemental dans l'affaire Verrier).

(33) Quant aux décrets pris en vertu de l'article 2 de la loi du 5 août 1914, nous réservons leur analyse et la jurisprudence qu'ils ont engendrée, au paragraphe suivant, quand nous traiterons des décrets pris en vertu des diverses lois d'habilitation.

Il va sans dire que la doctrine formulée par le Conseil d'Etat n'a pas recueilli l'unanimité des suffrages. Déjà en 1915, lors de l'arrêt *Verrier*, M. Jèze, tout en donnant son approbation principiaire à la thèse développée par le Conseil d'Etat, y fait des réserves quant à la généralisation des principes établis par la juridiction administrative. Après avoir fait l'analyse de cet arrêt, le savant professeur conclut (34) : « ... la règle fondamentale affirmée par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 30 juillet 1915, s'appuie sur des arguments très solides.

« Le Président est chargé, par la loi constitutionnelle, d'assurer l'exécution des lois. Supposons qu'une loi donne au gouvernement le pouvoir de faire certains actes utiles, indispensables même, pour la bonne conduite de la guerre, mais, que l'état de guerre rend absolument impossible l'observation stricte de la procédure édictée par cette loi. L'alternative suivante se pose : Faut-il appliquer la loi, dans la *partie essentielle*, ou dans la *partie secondaire* ?

« ... Le Conseil d'Etat a répondu très raisonnablement : la *partie essentielle* de la loi doit l'emporter sur la partie secondaire.

« Juridiquement, cette formule (arrêt, al. 1), a une importance capitale. Elle signifie que les actes du Président de la République, s'ils ont été accomplis dans les conditions déterminées par l'arrêt, sont valables « *ab initio* », exécutoires par provision.

« Le décret du 15 août 1914, base de l'acte attaqué, n'était pas, en lui-même, entaché d'illégalité, au sens exact et juridique du mot... Dans les circonstances où ce décret a

(34) L'article précité, p. 479 et suiv.

été rendu, *il appartient au Chef de l'Etat de le prendre*, sauf ratification ultérieure par le Parlement... » (Conclusions du Commissaire du Gouvernement.)

« ... La situation ressemble à celle qui a été créée par la loi du 13 décembre 1897, dite : Loi du cadenas.

« Il y a là l'exposé de tout un régime juridique qui, dans ses grandes lignes, apparaît applicable aux mesures provisoires édictées en temps de guerre par le Gouvernement ». En continuant, M. Jèze voit, dans les règles posées par cet arrêt, des considérants qui empêcheraient l'extension des principes affirmés quand il ne s'agissait point de l'exécution d'une loi, mais de sa suspension ou modification. En conséquence, M. Jèze refuse l'application de la théorie juridique du Conseil d'Etat, aux décrets ratifiés par la loi du 30 mars 1915 — pris dans leur ensemble — sans qu'on ait fait la discrimination suggérée par l'arrêt. « Pour ces mesures, il faut dire qu'elles sont confirmées, au sens précis du mot (35); c'est à dire que des mesures irrégulières *ab initio* sont déclarées, par la loi, avoir les effets d'actes réguliers. Différence considérable ». Il est possible qu'à cette époque (1915), l'intention du Conseil d'Etat ait été telle, mais, en étudiant les arrêts plus récents (36), et surtout le célèbre arrêt *Couitéas*, du 30 novembre 1923 (37), l'on arrive à la conclusion que la théorie du Conseil d'Etat n'est nullement limitative, qu'elle tend, au contraire, à établir l'existence d'un véritable droit prétorien au profit de l'exécutif, droit dont le terme ultime est l'axiome: « *salus reipublicæ suprema lex* ».

(35) C'est-à-dire pour les décrets qui ne sont pas couverts par la théorie du Conseil d'Etat.

(36) V. note 33 et l'arrêt GAUTIER, 7 mai 1920; MARÉCHAL, 18 février 1921; MICHEL, 8 juin 1923; SÉGUIER, 4 juin 1924, etc...

(37) *Revue de droit public*, 1924, p. 91.

La doctrine du Conseil d'Etat, dans son entier, fut surtout rejetée par *Esmein* et *Nézard*. En effet on y lit (38) : « La doctrine formulée par le Conseil d'Etat n'a pas de base dans la Constitution. Ni les lois constitutionnelles de 1875, en cas de guerre, ni la loi du 9 août 1849, sur l'état de siège, ne modifient le principe général suivant lequel la compétence réglementaire du Chef de l'exécutif se réduit à un pouvoir d'exécution des lois. Le Président, d'après l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1815, est chargé de l'exécution des lois, de *toutes* les lois, et il ne peut assurer cette exécution que par des moyens légaux. Dans certains cas, notamment en matière douanière, le Président est autorisé, par des lois spéciales, à suspendre l'application des droits de douane, ou à en imposer de nouveaux..., mais, par là même que ces dispositions ont été expressément formulées par le législateur, elles confirment la règle générale. Faute d'une disposition analogue à celle de l'art. 14 de la charte de 1814 (39), on ne pourrait justifier la doctrine du Conseil d'Etat qu'en faisant à nouveau appel à l'état de nécessité, qui n'a jamais été une source de droit public ».

A l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'Etat, la jurisprudence judiciaire, à l'instar des décisions en matière d'état de siège, a refusé la légalité, et, en conséquence, la force obligatoire, à plusieurs de ces décrets-lois, en arguant

(38) *Op. cit.*, p. 99.

(39) Nous croyons voir l'opinion contraire dans le même traité, p. 76. Il serait dans l'intérêt de la vérité de ne pas invoquer ce fameux article à des fins qu'il ne peut justifier. On verra par la suite (chapitre IV) que nombre d'auteurs allemands sont enclins d'y voir la source de leur « *Notverordnungsrecht* ». Pour bannir cette hérésie, une fois pour toutes, de la science, il faudra remettre cet article à sa vraie place et en démontrer le vrai sens.

qu'un décret ne peut modifier une loi antérieure, même pour procurer l'exécution d'une autre loi.

Ainsi, les arrêts des 16 et 30 novembre, 2 décembre 1916, 5 et 18 janvier 1917 (Dalloz 1917, 1, p. 41): « Attendu que le décret du 7 janvier 1915, portant réglementation de l'ouverture de nouveaux débits de boissons, interdisait, dans son article premier, l'ouverture de nouveaux débits, pour y vendre à consommer sur place, autrement que comme accessoire de la nourriture, des spiritueux, des liqueurs ou des apéritifs..., qu'il disposait que les contrevenants seraient punis de peines applicables au cas de vente de boissons au détail, sans déclaration ni licence...; qu'aux termes de l'art. 2, ce décret devait être soumis à la ratification de la Chambre; attendu que cette ratification ne résulte pas de la loi subséquente du 9 novembre 1915, relative à la réglementation de l'ouverture de nouveaux débits de boissons; attendu que le droit d'édicter des peines n'appartient qu'au pouvoir législatif; qu'il s'ensuit que les sanctions renfermées dans le décret sus-énoncé n'étaient pas obligatoires; attendu, d'autre part, que ce décret, en tant qu'il pourrait constituer un règlement de police, n'était pas susceptible d'être sanctionné par l'art. 471, n° 15, c. pén.; qu'en effet, cette sanction ne s'attache qu'aux règlements légalement faits; que le règlement en question serait entaché d'excès de pouvoir en ce qu'il aurait statué sur une matière régie par une loi spéciale; qu'en ce faisant, et en appliquant ainsi une peine non prononcée par la loi, l'arrêté a violé l'art. 4, c. pén.; — Par ces motifs, casse » (30 novembre 1916).

De ces arrêts, il ressort: 1) Qu'un règlement qui statue sur des matières législatives n'est pas un règlement légalement fait; 2) Qu'en conséquence, les peines prévues par le

n° 15 de l'art. 471 c. pén. ne seront pas applicables aux contrevenants aux dits règlements. 3) Que les peines édictées par le décret même, sont illégales; c'est la loi seule qui peut édicter des peines. 4) Que la justice doit refuser l'application de pareils règlements et des peines qu'ils comportent.

La jurisprudence de la Cour de Cassation est nette: elle considère comme illégaux les décrets qui empiètent sur le domaine législatif, même si cet empiètement se produit sous l'empire de la nécessité et dans l'intérêt de la défense nationale. De cette manière, nous avons les deux attitudes tranchantes et sans point commun de contact: du Conseil d'Etat qui couvre systématiquement l'initiative gouvernementale, et de la Cour de Cassation, qui refuse systématiquement son concours à l'action exécutive.

4. — LES RÈGLEMENTS PRIS EN VERTU DES LOIS D'HABILITATION

Comme on l'a vu, des lois spéciales, votées au seuil de la guerre (V. supra, les lois de circonstance), ont autorisé le Président de la République à proroger par décret les échéances des valeurs négociables, à suspendre les prescriptions et péremptions, à augmenter la faculté d'émission de la Banque de France, et à ouvrir des crédits supplémentaires et extraordinaires. Même plus tard, après que le Parlement se fût réuni, il a autorisé, soit le Président, soit ses agents, à prendre les mesures suivantes: à réquisitionner les blés et farines, pendant la guerre, afin d'assurer le ravitaillement de la population civile (loi du 16 octobre 1915); à taxer, par décrets, l'avoine, le seigle, l'orge, le son et les issues (loi du 17 avril 1916); à taxer le pain et la viande et de les réquisitionner (loi du 20 avril 1916); à taxer les frets du charbon (loi du

22 avril 1916); à réquisitionner les farines, sons, le seigle, etc., chez les producteurs, dans les magasins, en gares, en cours de transport (loi du 29 juillet 1916); à prohiber l'entrée des marchandises étrangères (loi du 6 mars 1916).

Enfin, le couronnement de cette législation de circonstance et d'exception, fut la loi du 10 février 1918, qui accordait au Président de la République des pouvoirs extrêmement étendus, en matière de ravitaillement et de commerce extérieur.

Cette procédure a-t-elle été bien régulière et en conformité avec la pratique et l'esprit de la Constitution? Voilà tout le problème qu'il est inutile de compliquer.

Nous nous fions, pour répondre à cette question, aux paroles de M. Berthélemy, notre savant maître (40): « ...Une loi spéciale peut-elle valablement charger le chef de l'Etat d'édicter des prescriptions excédant sa compétence normale? Personne n'en doute, *pourvu que la mission conférée au Gouvernement contienne, avec une précision suffisante, l'indication des prescriptions à édicter* ». Toute la question est là, et il est inutile de l'obscurcir (41).

L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui charge le Président d'assurer l'exécution d'une loi, est suffisamment élastique pour s'appliquer à des situations dans lesquelles la loi ne ferait qu'énoncer des principes, mais, ceux-ci bien précis, laissant le reste à la réglementation du Chef de l'Etat, même si cette réglementation allait d'emblée avec une certaine initiative qui semblerait dépasser la compé-

(40) *op cit.*, note 3, p. 129.

(41) V. ESMEIN et NÉZARD, *op. c.*, p. 102.

tence réglementaire normale du Président. En conséquence, nous pourrions dire que, dans l'esprit et dans la pratique constitutionnelle, existe le fait qu'une loi spéciale habilite le Président à statuer sur un objet déterminé, pourvu qu'elle indique d'une manière précise et ne recélant aucune équivoque les prescriptions qu'elle désire faire prendre par le Gouvernement. Elle lui détermine le cadre et les proportions des prescriptions, lui laissant la liberté de se mouvoir à l'intérieur de ce cadre. Ainsi, cette délimitation des mesures à prendre serait dans *a)* l'objet, et dans *b)* le temps (42). C'est toujours le pouvoir réglementaire du Président qui s'exerce, parce que, justement, il assure l'exécution de cette loi spéciale, qui étend sa propre compétence : c'est encore exécuter la loi que de s'y conformer.

« En effet, l'article 3 de la loi constitutionnelle du 23 février 1875, ne restreint pas le champ d'intervention à un ordre de matières déterminées; est régulier tout décret pris en exécution des lois et, par conséquent, d'une loi spéciale habilitant le Président à statuer sur un objet déterminé » (43). Le Parlement ne délègue rien de son pouvoir législatif au Président, ce qu'il ne pourrait faire, même s'il le voulait; il l'invite simplement à faire usage du pouvoir qu'il tient de la constitution, à savoir : procurer l'exécution de cette loi spéciale. Les règlements pris par le Président restent toujours des actes administratifs, et comme tels, susceptibles des moyens d'attaque habituels. En conséquence, si le règlement excède les termes de la loi, il sera annulé comme illégal. C'est la solution logique qu'a adoptée la jurisprudence judiciaire à l'encontre de celle du Conseil d'Etat, qui veut escompter

(42) ESMEIN et NÉT., op. cit., p. 105.

(43) ESMEIN et NÉT., op. cit., p. 102.

— à tort d'après nous — un sens que la loi ne comporte pas (44).

Mais, a-t-on dit, les choses ne se présentent pas d'une manière si simple. Le Président est bien — tout en restant dans les limites de la loi — investi du pouvoir de toucher par ces règlements aux lois en vigueur. Or, la loi elle-même ne saurait accorder une faculté pareille au Président, car cela serait agir en fraude de l'art. 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. C'est M. DUGUIT qui a concrétisé et développé ce point de vue (45). Dans cet ordre d'idées il pourrait y avoir quatre hypothèses à envisager :

1^{re}) Les Chambres donnent compétence au Gouvernement de faire des règlements sur l'organisation d'un service public ou sur la police proprement dite; cette habilitation est régulière, car l'on reconnaît déjà, depuis longtemps, compétence au Gouvernement de faire des règlements de cette manière.

2^e) Les Chambres donnent compétence au Président dans une autre matière que celle prévue à l'hypothèse précédente, mais dont la Constitution n'a pas réservé expressément la réglementation au Parlement. L'autorisation est valable à condition que le règlement ni n'abroge, ni se suspende, ni ne modifie une loi formelle.

3^e) Le Parlement donne compétence au Président de faire des règlements pouvant modifier, abroger ou suspendre des dispositions inscrites dans une loi formelle. Dans ce cas, le Parlement excèderait visiblement ses propres pouvoirs, car, d'après la Constitution, une loi ne peut être modifiée ou

(44) Lisieux, 31 mai 1916, D. 1917, 2, 123. Paris, 16 janvier 1920. *Gazette du Palais*, 1920, p. 149. Conseil d'Etat, Gautier, 7 mai 1920.

(45) DUGUIT, op. cit., IV, p. 753 et suiv.

suspendue, que par une loi faite de la même façon que la première. Les raisons qui militeraient pour la reconnaissance de la validité de la procédure du Parlement seraient des raisons d'ordre pratique, mais sans pouvoir se réclamer d'un fondement juridique. Une de ces raisons serait la rapidité avec laquelle doivent être résolus certains problèmes qui engagent des intérêts importants, dont la solution ne se concilie pas avec les lenteurs de la procédure parlementaire, ce qui ramène le problème à un des soi-disant vices fondamentaux du parlementarisme. On dit encore que si le Parlement se montre disposé à donner sa ratification aux règlements spontanés, pourquoi ne pourrait-il pas donner une ratification anticipée, faisant ainsi confiance au Gouvernement ?

4°) Le Parlement donne compétence au Président de faire un règlement sur une matière expressément réservée au législateur, par un texte ou un principe constitutionnel incontesté. L'illégalité est la même qu'au numéro 3.

Mais, la difficulté, à notre sens, ne gît pas de ce côté. En effet, bien que le Président acquière, par ces lois d'habilitation, la faculté de toucher aux lois, ce fait ne doit pas s'analyser de cette manière. Ce ne sont pas les règlements qui touchent aux lois en les suspendant, en les modifiant, ou en les complétant ; ce sont les lois d'habilitation qui abrogent toutes les dispositions contraires aux prescriptions que le Parlement désire faire prendre par le Gouvernement. C'est une abrogation tacite et en bloc, concernant les règles légales contraires à l'objet déterminé par le Parlement, d'une manière principiaire dans la loi d'habilitation, et que l'exécutif devra préciser par ces règlements (46). Cette opération ne

(46) V. aussi ROLLAND, R. dr. pub. 1918, p. 542 et suiv. Mais nous ne croyons pas nécessaire d'aller au-delà de cette construction si simple et spécialement de faire la discrimination que fait M. DUGUIT.

doit pas, non plus, s'analyser dans une déformation telle que l'inspire une théorie récente (47), au moins pour les règlements pris au cours de la guerre. Le règlement quand il touche à une pareille norme ne touche plus à une loi : même s'il voulait le faire, il ne le pourrait faire, puisque la loi est bien abrogée par les dispositions contraires, énoncées d'une manière principiaire dans la loi d'habilitation. Ce qu'il fait, c'est élaborer les détails, — bien que ce mot soit pris d'une manière très compréhensive, — mais, ce sont toujours les détails de la loi d'habilitation, laquelle a remplacé la loi ancienne. Donc, à proprement parler, le règlement ne touche à rien : il ne fait qu'exécuter une loi, telle quelle. C'est donc par inadvertance que l'on parle d'un règlement qui déroge aux lois : c'est un abus de mots, surtout du côté parlementaire. Mais si, jusqu'à ce point, on a échappé aux difficultés d'ordre juridique, il y a tout de même un nœud gordien dans ce problème si complexe. Parce que, dira-t-on, si c'est toujours le pouvoir réglementaire du Président qui s'exerce dans cette occurrence, comment expliquer dès lors la réserve de ratification ? Est-ce que le règlement simple ou le règlement d'administration publique, recèlent eux, la ratification ? Ne saurait-on voir, dans cette condition, imposée à l'exécutif, une fâcheuse violation de la séparation des pouvoirs, faite par le Parlement au détriment de l'exécutif (48) ?

En effet, de quelque côté que l'on veuille tourner les choses, on ne peut voir dans cette coutume, — car c'est une coutume, — qu'une violation de la séparation des pouvoirs, consacrée par une longue pratique. Qu'on ne nous allègue pas

(47) V. YVON GOUET : « La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois », p. 129 et DELVOLVÉ, « La délégation des matières » (thèse, 1930), p. 99-115.

(48) JEAN DEVEAUX : « Le régime des décrets », p. 27.

ce qui se passe avec le décret du Président qui déclare l'état de siège. L'hypothèse est différente, puisque la réglementation de l'état de siège possède, à sa racine, un texte constitutionnel. Non plus ce qui se passe avec les décrets pris en vertu de la loi du 21 décembre 1897, ou en vertu d'autres textes analogues. Ici encore, il s'agit d'une pratique anticonstitutionnelle. C'est bien net. Le pouvoir réglementaire que possède le Président, il le tient de la Constitution, et, en conséquence, il ne peut être rétréci par une loi ordinaire. Or, par la réserve de ratification, son exercice est singulièrement rétréci. Pour sortir du dilemme, il ne faut pas voir, dans l'opération qu'on appelle « ratification » ce que généralement on est disposé à y voir. Si la soi-disant ratification est accordée, cela veut dire que le Parlement fait une loi nouvelle, identique au règlement qui a élaboré en détail les principes qu'a posés la loi d'habilitation. Cela veut dire que le Parlement, qui a abandonné l'élaboration des détails, au règlement, trouve qu'il y a lieu d'élaborer lui-même ces détails en se complétant soi-même. Si la soi-disant ratification est refusée, cela signifie que le Parlement abroge une loi antérieure, qui a posé les principes, et qui a abandonné l'élaboration des détails à l'exécutif. Le règlement, jusqu'à cette date, est valable, pourvu qu'il ne soit pas entaché du vice d'illégalité; il est valable comme règlement pur et simple, parce qu'il ne fait qu'exécuter une loi, la loi d'habilitation.

En conséquence, nous trouvons que la seule issue, pour échapper aux difficultés, en cette matière épineuse, est d'abolir cette notion fâcheuse de ratification, qui est une notion anticonstitutionnelle. Nous ne voulons pas aboutir à cette conception, peu plausible, que la Constitution française est une Constitution souple, et, comme telle, modifiable, même par

la coutume. Même, en restant tributaire d'un constitutionnalisme rigide, l'on peut tout concilier, à la condition toujours d'abandonner cette notion fausse. La pratique n'en souffrira pas; le Parlement, s'il en a la ferme volonté, peut, à n'importe quel moment, abroger le règlement qui déborde la loi : d'ailleurs, c'est la justice qui s'en chargera auparavant, le cas échéant.

Placée sous ce jour, une loi de pleins pouvoirs apparaît, en France, comme impossible, en tant que conception. Une loi de pleins pouvoirs, par définition même, n'encadre pas un principe législatif pour qu'on puisse parler de la mission de l'exécutif d'élaborer ses détails. Le principe, ici, sera le plein pouvoir. Or, ce n'est pas un principe juridique, c'est au plus un fait, que d'avoir la plénitude des pouvoirs. Une loi de pleins pouvoirs n'est pas une catégorie juridique dans un constitutionalisme rigide, qui consacre la séparation entre les pouvoirs législatif et exécutif.

Est-ce sous ce jour qu'il faut juger le projet *Briand* du 15 décembre 1916 ? était-ce véritablement une demande de pleins pouvoirs ? En effet, le texte du projet, dans la première rédaction (49), porte : « Jusqu'à la cessation des hostilités, le Gouvernement est autorisé à prendre, par décrets rendus en Conseil des Ministres, toutes mesures qui, par addition ou dérogation aux lois en vigueur, seront commandées par les nécessités de la défense nationale, *notamment* en ce qui concerne la production agricole et industrielle, l'outillage des ports, les transports, le ravitaillement, l'hygiène et la santé publique, le recrutement de la main-d'œuvre, la vente et la répartition des denrées et produits, leur consom-

(49) V. l'article précité de M. ROLLAND.

mation. Au cas où l'un de ces décrets nécessiterait une ouverture de crédits, la demande en serait déposée dans la huitaine. Il pourra être appliqué à chacun de ces décrets, des pénalités à fixer dans les limites qui ne dépasseront pas six mois d'emprisonnement et dix mille francs d'amende ».

D'abord, le projet pêche profondément par la généralité des termes, en particulier par le mot *notamment*, qui compromet l'énumération censée être limitative, pour la transformer en exemplificative. Dans ce sens, on pourrait dire que le projet ne respecte pas le principe de la spécialité, tel que nous l'avons admis. On pourrait gratifier ce texte de la dénomination peu engageante de projet de pleins pouvoirs si ses auteurs en étaient restés là ; mais, par la suite, ce fut un autre projet qui fut déposé effectivement sur le bureau de la Chambre, et son mérite, non pas le moindre, était d'avoir supprimé le mot *notamment*. Mais, même ce deuxième projet ne se pourrait réclamer d'une conformité orthodoxe avec le principe de la spécialité : l'énumération, comme s'exprime M. ROLLAND, reste en effet très compréhensive.

Malgré les précisions de M. BRIAND qui disait en essence que « le Gouvernement n'avait pas l'intention de demander, même pour faire face aux nécessités de la défense nationale, des pouvoirs absolument généraux, il a entendu ne se faire habiliter par les Chambres qu'à agir dans des limites dont le projet donne l'énumération », malgré cette modération relative, le projet a été accueilli avec une hostilité non dissimulée et dont le premier exposant fut le rapporteur même du projet, M. VIOLETTE.

Nous ne reproduirons pas les débats passionnés auxquels ce projet a donné lieu ; toujours est-il que, parmi les nombreu-

ses remarques de M. VIOLETTE (50), il y en a beaucoup qui couvrent nos vœux. Même si l'on ne peut affirmer qu'il s'agit d'un projet de pleins pouvoirs dans l'espèce, même dans ce cas, l'on ne saurait voir dans son texte qu'une loi d'habilitation, bien trop compréhensive, une espèce hybride qui n'est ni l'un ni l'autre. Aussi, faut-il applaudir à la résistance que le Parlement a fait à son aboutissement.

Plus précise, mais pas d'une façon qui la dispenserait de toute critique, a été la loi du 10 février 1918, « loi établissant des sanctions aux décrets et arrêtés rendus pour le ravitaillement national. « Nous sommes d'accord avec M. le Professeur ROLLAND pour dire que nous sommes bien en présence d'une de ces attitudes très équilibrées qui font tant d'honneur à la mentalité française, mais, tout de même, une rédaction qui porte que « des décrets pourront régler ou suspendre, en vue d'assurer le ravitaillement national, la production, la fabrication, la circulation, la vente, la mise en vente, la détention ou la consommation de denrées servant à l'alimentation de l'homme et des animaux », une pareille rédaction flotte un peu dans le vague.

Ce que nous considérons comme des lois types, dans ce genre, ce sont les lois du 5 août 1914. De pareilles lois, bien que nous les appelions lois d'habilitation sont des lois comme n'importe quelles autres, et, les règlements pris en conséquence, sont des règlements comme n'importe quels autres règlements du Président. Il n'y a entre eux nulle différence, ni de forme ni de fond.

Mais, pour que notre point de vue soit couvert par les faits, il ne sera applicable qu'à des lois d'habilitation qui défi-

(50) *J. Off.*, 1916, p. 1.873.

nissent l'objet à régler, d'une manière bien précise. Des généralisations telles que celles qui se trouvent dans le projet BRIAND, ou dans la loi du 10 février 1918, seront difficilement conciliables avec notre point de vue. En effet, le vague y règne ; on ne comprendrait pas bien ce que l'exécutif devrait préciser par ces règlements. Nous ne tirons là-dessus aucune conclusion ; ce n'est pas à notre modeste plume de faire des suggestions d'ordre politique et pratique ; ce que nous avons fait, c'était de dégager la vérité d'une manière honnête, tout au moins, ce que nous croyons être la vérité.

CONCLUSION

Notre opinion sur les décrets-lois portés, en France, au cours de la guerre, ne saurait être autre que celle qui découle des vues exprimées dans le chapitre premier. En tant qu'ils ont été ratifiés par le Parlement, l'on doit considérer l'illégalité amnistiée.

Ce qu'il y a à relever, c'est la modération avec laquelle le Gouvernement a usé de ce moyen, illégal en soi. Il faut rendre hommage à la belle conscience civique du Gouvernement, qui a su préserver son activité de la tare de l'arbitraire et de l'abus, et, même s'il a été amené à outrepasser la légalité, cela n'a été que sous l'empire de la plus catégorique nécessité. Il faut également rendre hommage au Parlement, qui a été à la hauteur des circonstances ; son esprit d'équité a trouvé la juste expression lors de la ratification de l'initiative gouvernementale. Enfin, il faut rendre hommage à la Justice, qui a affirmé son droit de contrôle sur de pareils actes, et, qui les a fait maintenir dans les limites de la nécessité inexorable. Est-ce là que l'on doit chercher la modération de l'ini-

tiative exécutive ? Bien que la Justice puisse revendiquer un certain mérite de ce chef, néanmoins, ce serait faire mauvais crédit à la vertu politique des gouvernants de la France, que d'affirmer qu'ils ont été arrêtés sur le chemin de l'arbitraire uniquement par crainte du blâme de la Justice.

Quant au Conseil d'Etat, il s'est efforcé de trouver un fondement juridique à l'initiative gouvernementale débordante; il a raisonné, soit sur une prétendue hiérarchie entre les divers textes législatifs qu'il s'agirait d'appliquer, et d'après laquelle les uns seraient supérieurs en efficacité aux autres, soit sur les nécessités de l'état de guerre qui renforceraient les attributions du pouvoir exécutif. Mais, reconnaissons franchement, — et M. NÉZARD l'a démontré, en particulier, — que ces solutions ne peuvent pas se défendre du point de vue de la légalité. « Ni les lois constitutionnelles de 1875, en cas de guerre, ni la loi du 9 août 1849, sur l'état de siège, ne modifient le principe général suivant lequel la compétence règlementaire du chef de l'exécutif se réduit à un pouvoir d'exécution des lois. Le Président, d'après l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, est chargé de l'exécution des lois, de toutes les lois, et, il ne peut assurer cette exécution que par des moyens légaux ». Quant à l'extension des attributions présidentielles pour le cas de guerre, l'éminent auteur écrit : « Notre droit public ne lui confère pas, (au Président) la prérogative dont sont investis les chefs des états allemands, de prendre de *Notverordnungen*; la nécessité ne crée pas le droit, et ne remplace par la loi, à laquelle le Président de la République, comme les autres agents administratifs, en temps de guerre, comme en temps de paix, demeure soumis, et qu'il est chargé de faire exécuter ».

Quant à la jurisprudence judiciaire, elle a été moins en-

cline à appuyer l'illégalité nécessaire : toutefois, elle a approuvé, il est vrai avec beaucoup de réserve, l'initiative gouvernementale, tant qu'elle a été modérée.

Pour tout résumer d'un mot : le décret-loi, une fois qu'un acte revêt tous les caractères qui le font rentrer dans cette catégorie, ne peut se réclamer d'aucun support juridique. Dès lors, toute tentative dans ce sens, est vouée à l'insuccès. C'est ce qu'a reconnu la majeure partie de la doctrine lors de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

CHAPITRE III

Les décrets-lois en Roumanie

SECTION I

LA PARTICIPATION DU POUVOIR EXECUTIF A L'ELABORATION DU DROIT EN TEMPS NORMAL

1. — D'APRÈS LES CONSTITUTIONS ROUMAINES ANTÉRIEURES A L'ANNÉE 1866

La vie constitutionnelle roumaine est de date assez récente. C'est dans la première moitié du XIX^e siècle qu'on trouve les premières traces d'une organisation de la vie étatique dans les cadres constitutionnels, à la suite de la mise en vigueur du « *règlement organique* », charte octroyée par la domination russe dans l'année 1831-1832. Cette charte, tout en étant étrangère à la mentalité du pays, surtout en raison de son origine, fut néanmoins la première à organiser et à définir les pouvoirs publics dans l'Etat, à proclamer le principe de leur séparation et de leur indépendance : animée par un esprit assez avancé pour le temps, puisant ses racines idéologiques dans le patrimoine des théories de la Révolution de 1789, elle a été la première Constitution roumaine, quoique de filiation étrangère.

La marche des événements politiques dans les deux principautés roumaines a produit bientôt la déchéance de cette

charte et son remplacement par un nouveau texte constitutionnel, l'*Acte organique (Convention de Paris)*, du 7-19 août 1858; parmi les traits fondamentaux de cette nouvelle constitution, il faut énumérer notamment le maintien de la séparation des pouvoirs et, surtout, une meilleure systématisation des attributions du pouvoir exécutif. En ce qui concerne le pouvoir législatif, il est exercé par le *Chef de l'Etat* (1), par « l'*Assemblée électorale* » et par la « *Commission centrale* » qui collaborent à cette fin. Dans l'*ordre législatif*, les droits du chef de l'Etat sont les suivants : il a l'initiative, la promulgation et la sanction des lois, qu'il peut refuser; il prépare le budget et le soumet aux assemblées; il fait les règlements nécessaires pour l'application des lois. En ce qui concerne le *fonctionnement de l'Assemblée*, il convoque celle-ci chaque année pour une session qui doit durer au moins trois mois, mais qui peut être prolongée; il a la faculté également de la convoquer en vue d'une session extraordinaire. En outre, il a aussi le droit de dissoudre l'Assemblée sous réserve d'en convoquer une nouvelle dans le délai de trois mois (2). La *Commission centrale*, la troisième branche du pouvoir législatif, n'est qu'une création du moment, issue des nécessités spécifiques de l'époque de fermentation politique dans les deux principautés. Cette commission, qui est un organe restreint, a pour tâche d'élaborer les lois d'intérêt commun aux deux principautés ainsi que d'assurer le respect de la constitution.

Cette organisation étatique octroyée, mais cette fois par un traité international, eut une vie éphémère. Sa déchéance

(1) DOMN : littéralement seigneur, maître, le sens indigène, chef de l'Etat.

(2) V. ONISOR : Histoire du droit roumain, II^e éd., p. 301 suiv.

doit être cherchée dans l'opposition farouche que l'assemblée des boyards faisait aux desseins démocratiques du chef de l'Etat, qui était *Cuza-Vodà*. Celui-ci, en lutte avec une assemblée imbue d'un esprit rétrograde et oligarchique, fut contraint de la dissoudre en 1862. Mais au lieu de suivre la voie constitutionnelle, Cuza-Vodà s'arroge des pouvoirs dictatoriaux et décrète une nouvelle Constitution, qu'il va dénommer « *le statut développeur de la Convention de Paris* ». Les principes fondamentaux en restent néanmoins les mêmes : en vertu de cette Constitution « octroyée », mais cette fois par un chef d'Etat roumain, l'exercice du pouvoir législatif est toujours partagé en trois branches : une *Assemblée élective*, un *corps pondérateur* (qui remplace l'ancienne commission centrale et dans la composition de laquelle rentrent des membres nommés et élus) et le *Chef d'Etat*, qui garde ses prérogatives antérieures. Mais jusqu'à la mise en œuvre de cette organisation nouvelle et jusqu'à la convocation du Corps législatif, le Chef d'Etat se réserve le droit (article 18 du statut), et ceci est le point capital, vu ses conséquences, de prendre des *décrets*, après proposition du Conseil des Ministres et le Conseil d'Etat entendu (3), *qui auront force de loi*.

(3) Organisme nouveau, créé par le *statut*, afin de préparer les projets de lois.

(4) Les décrets-lois de CUZA-VODA sont :

1° La loi électorale (Bulletin de lois, n° 40, 1864).

2° La loi pour la régularisation de la propriété rurale (B. d. l. n° 40-41).

3° Loi sur l'organisation de la Cour de Cassation (B. d. L., n° 41, 1864).

4° Loi sur le droit accordé aux étrangers du rite chrétien d'acquérir des immeubles ruraux dans les principautés (B. d. L., n° 42, 1864).

5° Loi sur l'incompatibilité des fonctions dans le Conseil d'Etat (B. d. L., n° 42, 1864).

6° Loi sur l'exportation des animaux (B. d. L., n° 42, 1864).

7° Loi sur la coercition corporelle (ibid.).

8° Sur les pensionnés (B. d. L., n° 43, 1864).

9° Sur les conseils départementaux (B. d. L., n° 43, 1864).

10° Sur les mesures, e. t. c. (ibid.).

Ainsi ont été réalisées, au moyen de ces décrets, nombre de réformes salutaires, à l'encontre de l'oligarchie du pays et au profit de la démocratie. Il est difficile de supposer qu'elles auraient été réalisées par la voie normale, attendu que les assemblées étaient sous l'emprise des « boyards » réfractaires, propriétaires de terres immenses et jaloux des privilèges de leur caste, qui leur épargnaient tout souci matériel (4).

A la suite de ce coup d'Etat et de ses effets, le nouvel Etat roumain a été élevé au rang des nations civilisées et libérales, à cause de la transformation quasi totale de ses assises sociales et juridiques. Les témoignages en sont : la *loi agraire*, véritable réforme sociale qui attribuait la propriété d'une grande partie du sol aux paysans, le *Code Civil*, calqué sur le Code Napoléon, la *réforme administrative* et nombre d'autres, qui toutes ont été introduites par les décrets de *Cuza-Vodă*.

On a mis en doute, au moins théoriquement, la valeur juridique du statut, à cause de son origine (5). On faisait valoir comme argument qu'il s'agissait d'une constitution octroyée par le Chef d'Etat, sans aucune collaboration de la part de l'Assemblée nationale régulière, seule en droit de donner au pays une constitution valable. Mais nous pensons que semblables griefs ne peuvent être invoqués même à un point de vue purement théorique (6) car les principes de souveraineté nationale et leurs conséquences n'avaient trouvé nullement droit de cité dans les principautés et dans les premières constitutions, qui toutes ont été des constitutions

(5) RARINCESCO : Les décrets-lois et le droit de nécessité, p. 60.

(6) Dans le même sens RARINCESCO, op. c.

octroyées, qui ne se sont prévaluées d'aucun assentiment, ni direct ni indirect, de la part des masses populaires. Finalement, même en admettant, *par absurdum*, l'illégalité de ce chef, elle aurait été couverte à la suite de la ratification populaire, premier mouvement en faveur de l'éclosion de la souveraineté nationale, qui a approuvé le coup d'Etat, en effaçant toute trace d'irrégularité à l'action volontaire de *Cuza-Vodà*. Placé sous ce jour, l'article 18 du statut ne peut encourir le reproche de l'illégalité, car il a été approuvé d'une manière implicite par le vote du pays. Fait notable, c'est la première fois dans l'histoire roumaine que la grande masse a été amenée à se prononcer — *Cuza-Vodà* n'a pas démenti sa parenté politique et spirituelle avec son grand Maître à l'égard duquel il a toujours professé la plus vive admiration : l'Empereur *Louis-Napoléon*.

2. — D'APRÈS LES CONSTITUTIONS ROUMAINEES MODERNES

En vertu de la constitution de 1866 et de 1923, le roi, chef du pouvoir exécutif, se voit investi de droits très importants dans l'ordre législatif. D'abord ce sont les droits concernant le fonctionnement des Chambres législatives, et, ensuite, ce sont les droits qui découlent de sa qualité de troisième branche du pouvoir législatif (7).

Les droits rentrant dans la première catégorie sont : *a*) le droit de convocation ; *b*) le droit d'ouverture ; *c*) le droit de clôture ; *d*) le droit d'ajournement ; *e*) le droit de prolonger et d'interrompre les sessions ordinaires ; *f*) le droit de convoquer les Chambres en vue d'une session extraordinaire et

(7) v. BOILA : L'organisation d'Etat, p. 514 et suiv.

d'en fixer la durée et, enfin, droit suprême, g) le droit de dissoudre les Chambres.

D'après ce qui précède, le roi dispose d'une grande latitude quant à la mise en marche du mécanisme parlementaire, assumant tour à tour les charges d'un facteur initiateur du travail législatif, d'un facteur régularisateur et pondérateur de ce travail, mais d'un facteur toujours primordial et indispensable. Ce qui est d'une importance capitale, c'est le droit qui appartient au roi de dissoudre les deux Chambres à n'importe quel moment et d'une manière discrétionnaire, à l'encontre de la disposition constitutionnelle française qui circonscrit prudemment ce droit du Président de la République. A vrai dire, il a été fait un large usage de cette faculté, l'exécutif n'encourant pas la moindre responsabilité pour la manière dont il use de ce droit.

Les droits royaux de la deuxième catégorie, en tant qu'on envisage le roi comme la troisième branche du pouvoir législatif à côté de la Chambre des députés et du Sénat, sont : a) le droit d'initiative, qu'il exerce par ses ministres ; b) le droit de sanction ; c) le droit de promulgation et de publication et d) le droit de veto. Il est inutile de dire qu'il n'existe aucune obligation pour le roi de sanctionner les projets votés par la Chambre des Députés et le Sénat : il peut leur opposer indéfiniment son veto, aucune voie de contrainte directe ou indirecte n'existe pour l'amener à composition. Tout en étant revêtu de ce droit de veto exorbitant, le roi n'en use néanmoins qu'exceptionnellement ; il arrive ce qui se passe en France au regard du droit du Président de la République de dissoudre la Chambre. Et nous pouvons ajouter que, quand il l'a fait, il a agi avec l'assentiment tacite du pays entier. C'est ainsi que le roi *Ferdinand* a refusé sa sanction au traité

de paix séparée voté par le *Parlement Marghiloman* en 1918. Comme conclusion, il s'impose de relever la situation prééminente et plus que paritaire dont bénéficie le roi en tant que branche du pouvoir législatif.

Le roi a également le droit de faire les règlements nécessaires pour l'exécution des lois (article 93, constitution de 1866), mais par ces règlements il ne pourra ni les suspendre ni les modifier. Il exerce son droit par l'intermédiaire de ses ministres qui lui soumettent les projets rédigés et contre-signés par eux, car les ministres n'ont pas un droit de réglementation qui leur est propre, sauf pour les règlements intérieurs des services, en leur qualité de chefs hiérarchiques (8). A côté de ces règlements simples (article 88 de la constitution de 1923), il existe encore des règlements faits après invitation de la part du Corps législatif et qu'on appelle règlements d'administration publique, règlements d'ordre public, règlements généraux ou simplement règlements. Mais la différence entre ces deux sortes de règlements n'a aucune portée pratique, car la Roumanie n'a pas, actuellement, comme la France, l'institution d'un Conseil d'Etat (9). Il s'agit uniquement d'une différence de termes. Le règlement a le même caractère juridique qu'on lui attribue en France ; il se rattache à un texte de loi qu'il doit expliquer et habiliter de manière à ce que celui-ci puisse servir dans la pratique quotidienne (10). Enfin le pouvoir réglementaire n'est pas exercé seulement par le roi, mais aussi par les organismes territoriaux, Conseils des Départements, Conseils Municipaux, etc. La validité de tout règlement peut être contestée

(8) NÉGULESCO : Droit constitutionnel roumain, p. 445.

(9) NÉGULESCO : Droit administratif roumain, I, p. 362.

(10) V. ONISOR : Traité de droit administratif roumain, II^e éd., p. 15.

devant les Tribunaux, la justice ayant le droit et le devoir de se prononcer sur leur légalité en refusant leur application, le cas échéant (11).

D'après cet aperçu sommaire, on voit que les deux constitutions roumaines modernes, aussi bien celle de 1866 que celle de 1923, ont fait du roi un facteur essentiel et primordial du travail législatif. Mais sa position n'est pas une position isolée qui se suffit à elle-même ; il est astreint à la collaboration avec les Chambres. Le roi n'a aucun pouvoir qui pourrait s'exercer indépendamment du Corps législatif ; il ne peut empiéter, ni en temps de paix, ni en temps de guerre, sur les attributions législatives des Chambres, c'est-à-dire sur l'élaboration et la définition de la règle de droit, en les confisquant à son profit. Il est vrai que sa collaboration avec les deux catégories de droits précités est le rouage essentiel du mécanisme, mais qui, à lui seul, ne pourra le faire agir ; l'aide des autres rouages est toujours nécessaire. Le pouvoir réglementaire du roi est également renfermé dans des cadres, les cadres étroits de la légalité ; en les dépassant, en réglementant sans lien avec les lois que les décrets doivent expliquer, il s'exposerait à se voir mis en échec par la justice. Ainsi le régime étatique roumain ne saurait être, d'après la constitution, qu'un régime de légalité, bâti sur les données fondamentales de la séparation et de la collaboration des pouvoirs.

(11) V. ONISOR, *op. c.*, p. 15 ; NÉGULESCO, *op. c.*, p. 359.

SECTION II

LA PARTICIPATION DU POUVOIR EXECUTIF A L'ELABORATION DU DROIT EN TEMPS DE CRISE

1. — LES DÉCRETS-LOIS AU COURS DE LA GUERRE DE 1916-1919

Il ressort des développements antérieurs que les deux constitutions précitées ont consacré la séparation des pouvoirs, assignant la tâche de faire la loi au pouvoir législatif qui s'exerce d'une manière collective par les deux Chambres et le roi, aboutissant ainsi à la collaboration des pouvoirs, sans opérer toutefois leur confusion. Ce sont des principes valables pour une durée de temps illimitée, la constitution roumaine ne pouvant être suspendue ni en totalité, ni en partie (article 127 de la constitution de 1866, article 128 de la constitution de 1923), mais elle peut être modifiée par la procédure prévue dans son texte (article 128 de la constitution de 1866, article 129-130 de la constitution de 1923). La constitution roumaine est une constitution rigide, elle s'apparente au type franco-belge sur lequel d'ailleurs elle a été calquée. L'intention dominante du législateur constituant a été de lui assurer une validité immuable, une force égale, tant en période de paix qu'en temps de troubles. Elle ne renferme dans son texte aucune réglementation par anticipation pour les temps de troubles, quelles qu'en soient les causes. L'efficacité de la Constitution roumaine est absolue, aussi bien dans l'espace que dans le temps. En conséquence, le régime de la légalité ne pourra être suspendu sans la violation et de l'esprit, et du texte de la loi fondamentale du royaume.

Tel a été du moins dans toute la rigueur de ses princi-

pes, le régime constitutionnel prévu en 1866 (12); la constitution de 1923, il est vrai, a prévu, dans son article 128, alinéa 11, le droit pour le Parlement de déclarer l'état de siège, en admettant ainsi un régime d'exception; mais on doit estimer que cette disposition est en contradiction avec l'alinéa 1 du même article, qui porte que « la constitution présente ne peut être modifiée ni en totalité, ni en partie ». Nous ne faisons ici qu'indiquer la controverse que peut faire naître la confrontation de ces deux articles, que nous nous réservons de critiquer et d'analyser ultérieurement. D'ailleurs ces textes étant postérieurs à la guerre de 1916-1919, n'ont eu aucune emprise sur les événements qui se sont déroulés au cours des hostilités.

Donc, sous le régime de la constitution de 1866 nous n'avons eu aucune disposition semblable. A la rigueur on pourrait faire rentrer l'état de siège effectif dans la catégorie des actes de gouvernement, ayant le caractère des faits de guerre (article 5, lettre f, alinéa premier de la loi d'organisation de la Cour de Cassation de 1912), mais quant à l'état de siège politique ou fictif (tel qu'il existe en France), dans le silence de la loi constitutionnelle on ne pouvait lui reconnaître l'existence légale. Il est vrai qu'avant la mise en vigueur de la Constitution de 1866, une loi du 10 décembre 1864 autorisait le Chef de l'Etat à introduire, par simple décret, la loi martiale (13). Mais l'abrogation de cette loi (qui était une loi ordinaire), par le fait de la mise en vigueur de la Constitution de 1866, ne souffre aucun doute, car elle déclare « *expressis verbis* » (article 129) la déchéance de toutes les

(12) Art. 127 de la constitution de 1866.

(13) Qui n'était que la copie fidèle de la loi française de 1849 sur l'état de siège.

lois contraires à ses dispositions. Or c'était précisément un ensemble de dispositions en contradiction flagrante avec sa lettre et son esprit.

A l'encontre de ces dispositions précises, le Parlement roumain a voté, en 1907 (loi du 18 mars) et en 1916 (loi du 14 août), à la vérité dans des circonstances tragiques, une loi qui autorise le roi à déclarer l'état de siège par simple décret. Nous sommes d'accord avec M. *Rarincesco* pour refuser d'admettre la légalité de ce procédé (14); cette loi aurait pu faire l'objet d'un recours d'inconstitutionnalité, précisément du chef de la violation de cet article 127, qui n'admet la suspension ni totale, ni partielle de la Constitution; or l'état de siège suspend nombre des dispositions constitutionnelles.

La guerre de 1916-1919 a mis le gouvernement roumain en présence d'alternatives redoutables: ou bien rester dans les cadres tracés par la constitution et, par là, risquer de ne pas agir avec la rapidité et l'efficacité rendues nécessaires par les circonstances adverses du moment, ou bien sacrifier la légalité à la nécessité, en usant pour conjurer le danger de moyens extraconstitutionnels. C'est la dernière solution que Gouvernement et Parlement ont adoptée sous la pression inexorable des événements. Cette solution a signifié la rupture avec la légalité constitutionnelle qui fut suspendue presque entièrement. Ce sacrifice, accompli sous la menace de maux (qui auraient pu être encore plus grands si l'on était resté tributaire de la Constitution), a été néanmoins très douloureux. Par la suite, le pouvoir exécutif, trop exigeant, a usé à son profit des abandons du Parlement, dans une mesure

(14) *op. c.*, p. 100 et 101.

beaucoup plus grande que ne l'exigeait la gestion nécessaire des intérêts du pays (15).

En vérité, le pouvoir exécutif n'a eu aucun scrupule pour instaurer une dictature absolue qui a duré pendant la guerre et s'est prolongée même bien après.

D'abord, en quoi a consisté cette dictature ?

La première étape qui a conduit le gouvernement sur ce chemin a été le vote de la loi du 14 août 1916 qui a autorisé le roi à déclarer l'état de siège par simple décret. L'abandon de la vie constitutionnelle fut ainsi résolu par le Parlement même, qui est censé être le gardien naturel de la Constitution. Cet abandon est devenu réalité dès l'instant de la mise en vigueur du décret royal qui use de cette faculté.

La seconde étape dans cette voie a été constituée par l'apparition des décrets qui ont réglementé des matières appartenant au pouvoir législatif. *Le gouvernement roumain a légiféré par décrets déjà au début de la guerre et n'a cessé d'user de ce moyen que bien après la conclusion de la paix. Il a émis des décrets-lois, et en l'absence du Parlement, et durant le temps de la tenue des sessions. Il a légiféré sous l'empire de menaces réelles ; il a légiféré également pour la satisfaction des intérêts purement privés, intérêts n'ayant aucun lien avec la situation critique. Les décrets-lois ont envahi aussi bien le domaine du droit privé que celui du droit public, modifiant au gré de l'exécutif la structure du droit roumain.*

L'époque de paroxysme du régime des décrets-lois se place dans l'intervalle qui sépare le mois d'octobre 1918 du mois de novembre 1919. Pendant cette période, le Parlement était dissous, et de nouvelles élections étaient rendues impos-

(15) Voir le chapitre I.

sibles, à la suite de plusieurs circonstances : d'abord, en vertu de l'état de guerre qui existait entre la Roumanie et la Hongrie, et ensuite en raison de l'agrandissement de l'ancien royaume au moyen d'annexions de nouveaux territoires, mais ces derniers insuffisamment unifiés pour qu'on puisse procéder immédiatement à des élections régulières. Cet ensemble de circonstances a facilité singulièrement la dictature de l'exécutif. Le gouvernement n'a pu trouver en face de sa dictature aucun élément pondérateur qui aurait été capable de la limiter.

Il est vrai qu'à ce moment la situation du pays a été particulièrement tragique. En guerre avec les communistes de la Hongrie, guerre qui succédait à celle qui a coûté près d'un million de vies humaines, en proie à une menace continue du côté de l'Est de la part du colosse russe bolchevisé, le gouvernement a été seul à représenter l'idée d'autorité dans l'Etat, dans un moment où cette idée a subi une éclipse catastrophique, surtout dans cette partie de l'Europe. Le gouvernement roumain a synthétisé pendant tout ce temps la défense de l'ordre social nationaliste en face du bolchevisme cosmopolite (la conquête de la Hongrie communiste et le rétablissement de l'ordre social antérieur).

Quelle a été la *signification juridique* de cette dictature ?

La signification capitale, à ce point de vue, a été l'abolition du régime de droit, et son remplacement par un régime de fait. Ce régime a été caractérisé par l'anéantissement de la séparation des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif et par la confusion de ceux-ci au profit de l'exécutif. Le Gouvernement a évincé le Parlement de sa plus importante fonction : celle de faire la loi. C'était, de toute évidence, l'avènement d'un régime de franche illégalité et on en a tiré cette

conséquence : à savoir que le Gouvernement roumain a cessé d'être un gouvernement légal.

En outre, d'après la même doctrine (16), le Parlement aurait cessé, également, au cours de la guerre, d'avoir une existence régulière ; d'abord, parce qu'une grande partie de ses membres, obligés de rester en territoire occupé, était empêchée de participer au travail législatif, et, ensuite, à cause de l'arrivée de vacances parlementaires dans la composition du Parlement, vacances qui n'ont pu être complétées d'après les mandements de la loi. En conséquence, et le Gouvernement, et le Parlement, auraient eu le caractère d'organismes politiques de fait et non de droit.

Telles sont les conséquences strictement juridiques, si l'on raisonne sur les données du constitutionnalisme roumain. En effet, en restant sur ces positions, tous les actes, et du Parlement, et du Gouvernement, qui ont eu pour but la solution de l'état de nécessité, ont été inconstitutionnels.

Premièrement, parce que la loi qui a autorisé la déclaration de l'état de siège a été inconstitutionnelle.

Ensuite, parce que les décrets-lois du gouvernement, qui n'ont pas tardé de suivre cette première violation de la Constitution, ont été également inconstitutionnels, vu le caractère rigide des dispositions constitutionnelles et, parmi elles, de la séparation des pouvoirs. D'ailleurs, comme nous le disions, ce même caractère rigide de la Constitution empêche une interversion des compétences, même consentie par son titulaire. Mais le gouvernement roumain n'a demandé aucune cession de la compétence législative, parce qu'il a dépossédé, simplement, les Assemblées de leur pouvoir législatif. Mais,

(16) RARINCESCO, *op. c.*, p. 86.

même s'il avait eu des scrupules pour émettre, *proprio motu*, des décrets-lois, et, en conséquence, s'il avait demandé une loi des pleins pouvoirs (ce qu'il a fait à peine en 1918) même dans ce cas, le gouvernement ne se serait pas maintenu dans la ligne de la Constitution, le régime de la légalité n'aurait été qu'une simple fiction. La question est tranchée, la raison est péremptoire, comme dans le constitutionnalisme franco-belge. L'élaboration du droit appartient au seul pouvoir législatif, il ne peut se décharger de cette fonction sur aucun autre organe dans l'Etat; il a été investi de cette fonction par la souveraineté nationale (art. 31 de la Constitution de 1866). Une loi d'autorisation générale et illimitée aurait encouru le même reproche qu'a subi en France le projet d'une loi des pleins pouvoirs, demandée par le gouvernement Briand en 1915: *l'inconstitutionnalité*. Il y aurait eu encore un moyen pour sauver la constitutionnalité: c'était la révision constitutionnelle en vue d'opérer l'attribution du pouvoir législatif à l'exécutif. Mais est-ce qu'une pareille éventualité peut se défendre sérieusement en raison du procédé particulièrement laborieux de la révision constitutionnelle en Roumanie (17)? Personne n'aurait pu penser un seul instant à cette solution en songeant aux conséquences d'une telle modification des assises étatiques dans un constitutionnalisme rigide, même en faisant abstraction des difficultés pratiques insurmontables de la révision.

En conséquence, l'alternative a été vraiment redoutable: ou rester le tributaire du constitutionnalisme en s'exposant aux pires dangers, ou l'enfreindre; il n'y a eu aucune autre issue. Donc, il est difficile de condamner dans son *intégralité* le régime qui a eu cours en Roumanie pendant la guerre.

(17) Art. 128 de la constitution de 1866.

Mais, en même temps, il faut souligner l'abus singulièrement élevé que le Gouvernement roumain a fait de cette élaboration du droit par décrets. Certes, il y a eu des décrets-lois qui répondaient à une nécessité impérieuse, mais il y a eu également des décrets-lois qui ont été franchement inutiles. Dans une grande partie des cas, on ne peut voir dans cette activité législative du Gouvernement qu'une illégalité inutile et même dangereuse.

Nous disons : inutile, par rapport à la présence des Chambres, quand celles-ci ont été réunies. Les Chambres se seraient empressées de voter, sans discussion, dans un minimum de temps, toutes les mesures que le Gouvernement leur aurait demandées. Tous les précédents plaident pour la véracité de cette affirmation. Dangereuse, en raison du précédent que l'on fait naître. On habitue le pays au régime de l'arbitraire. Nous acceptons une dictature limitée, née à la suite de l'obligation de sauver l'Etat, une dictature qui réalise ce but, même par des moyens contraires au droit. Mais nous refusons une dictature qui ne sert plus ce but.

Pour appuyer cette affirmation, nous dirons que l'abus des décrets-lois n'a pas été seulement *quantitatif* (18), mais encore plus, peut-être, *qualitatif*. Pour illustrer cette assertion nous prendrons quelques exemples choisis au hasard (19) : le décret-loi N° 2 783 du 6 juillet 1919 créant une nouvelle chaire de philologie comparée de langues grecque et latine à la Faculté des Lettres de Bucarest ; le décret-loi N° 2 845 du 6 juillet de la même année portant modification de la loi

(18) La loi du 27 mars 1924 ne ratifie pas moins de 474 décrets .
En fait, il y en a eu beaucoup plus, v. V. ONISOR, op. c., p. 11, notes.

(19) NÉGULESCO, op. c., p. 505.

sur l'enseignement primaire dans la partie qui concerne les programmes d'études; le décret-loi N° 3 226 du 30 juillet de la même année modifiant l'article 43 de la loi sur les théâtres; le décret-loi N° 3 921 du 13 septembre de la même année modifiant l'article 17 de la loi sur l'Académie de Commerce de Bucarest, et ainsi de suite, l'énumération pourrait continuer à l'infini. Nous ne voyons pas, et personne ne pourrait le voir, l'existence d'un danger national imminent aux termes de pareils décrets. *La vérité, c'est que l'abus des décrets-lois a été singulièrement élevé en Roumanie, non seulement pendant la guerre, mais encore dans les premières années qui ont suivi la paix.*

2. — JURISPRUDENCE

La Cour de Cassation roumaine a fait sien, dans l'appréciation de la légalité des décrets-lois, un point de vue bâti sur des considérants purement politiques; elle a été inspirée par le souci évident de couvrir l'initiative gouvernementale: elle n'aurait pas réussi dans cette tâche par des arguments essentiellement juridiques.

Nous reproduisons une partie de la décision du 15 février 1919, Cour de Cassation roumaine, 1^{re} section:

« Attendu que les dispositions de la Constitution, ainsi que de toute loi, d'ailleurs, doivent être interprétées et appliquées de manière à faire ressortir l'intention présumée du légiférant;

« Qu'il est vrai que le pouvoir législatif s'exerce d'une manière collective par le roi et la représentation nationale, en conformité de l'article 32 de la Constitution;

« Mais qu'on a eu en vue lors de son élaboration l'état

de paix, l'état normal du pays, c'est-à-dire une époque où cette représentation existe et peut pourvoir à ses attributions;

« Mais qu'en temps de guerre ou, lorsque, à la suite d'une autre circonstance extraordinaire, il serait impossible que le pouvoir législatif s'exerçât avec les trois branches qui le composent pour faire face aux besoins urgents qui intéressent la conservation ou même l'existence du pays, pour parer à ces éventualités, il est vrai que la Constitution n'a rien prévu, mais on ne peut pas déduire sérieusement de son silence que les intérêts suprêmes doivent être sacrifiés » (20).

En faisant l'analyse des considérants de cette décision capitale, nous concluons que :

a) D'abord, la Cour de Cassation roumaine observe que la Constitution roumaine a prévu et réglementé une organisation juridique valable seulement en temps de paix, en temps normal;

b) Que, dans le silence de cette même Constitution quant à une organisation adéquate pour des temps anormaux, pour le temps de guerre en particulier, on ne saurait sacrifier le pays pour la respecter fidèlement, ce qui est d'ailleurs impossible : cela signifie d'une façon implicite que la Constitution peut et doit même être suspendue en temps de crise;

c) Que le principe de la séparation des pouvoirs est un principe opérant seulement en temps de paix; on ne peut interpréter autrement le dernier alinéa de la décision qui, tout en affirmant que le pouvoir législatif est exercé par trois

(20) Publiée dans les *Pandectes roumaines*, 1922, T. 5; dans le même sens la décision du 15 février 1921, dans *Jurisprudence roumaine*, 1921, p. 255.

branches, admet, néanmoins, une dérogation à ce principe, en vertu de la nécessité;

d) Que la décision n'a pu avoir en vue que la troisième branche du pouvoir législatif, le roi, dès l'instant qu'elle autorise et légitime la dérogation au principe de la collaboration des pouvoirs pour l'élaboration du droit; cette dérogation s'opère au profit du monarque, ce qui résulte d'une manière implicite du caractère de permanence du chef de l'autorité exécutive, à l'encontre de la discontinuité des Assemblées législatives; ainsi le roi, restant la seule branche du pouvoir législatif, pourra suppléer au travail des deux autres;

e) Que le roi, chef du pouvoir exécutif, aura le choix discrétionnaire des moyens propres à sauver les intérêts du pays;

f) Que, parmi ces moyens, les décrets-lois, instruments particulièrement aptes à atteindre ce but, seront légitimes;

g) Que les décrets-lois ne doivent pas respecter les dispositions de la Constitution et moins encore les dispositions des lois ordinaires.

La valeur de l'argumentation incluse dans la décision de la Cour de Cassation est plus que douteuse. Il n'a certainement pas été dans l'intention du législateur constituant de 1866, à l'encontre de l'affirmation du premier alinéa de la décision, de donner au pays une organisation de droit provisoire qui jouerait seulement par intervalles (21). Bien au contraire, il a voulu assurer le règne de la légalité en toutes circonstances (article 127 de la Constitution de 1866). Donc, il serait assez téméraire de raisonner sur l'intention hypothétique du législateur de 1866, par laquelle il consentirait taci-

(21) Dans le même sens NÉGULESCO, op. c., p. 497 et RARINCESCO, op. c., p. 161.

tement à la mise à néant de l'organisation juridique qu'il crée, destruction qui se produirait sous le prétexte d'une crise plus ou moins sérieuse, car, dans ces conditions, le règne de la loi serait aussitôt remplacé par celui du bon vouloir et de la pure force.

En conséquence, l'étendue donnée au principe de la nécessité et au droit élaboré sous son empire, telle que l'a fait la Cour de Cassation, est très dangereuse. D'abord, la généralité des termes employés peut servir de plate-forme justificative au plus grand arbitraire exécutif. D'autre part, la conclusion que la Cour de Cassation en tire par la suite, à savoir qu'il s'agit en la circonstance des actes ayant le caractère purement politique et qu'ainsi le contrôle juridictionnel est inadmissible à leur égard, cette conclusion, nous l'estimons, à juste raison, exorbitante. Nous croyons que les méfaits de la théorie des actes de gouvernement adoptée par la législation roumaine (22) sont suffisants pour nous épargner les résultats néfastes d'une autre variante de cette théorie, mais, cette fois-ci, singulièrement amplifiée. Donc, le dessaisissement volontaire de la justice roumaine, quand son devoir aurait été justement d'opérer un contrôle quelconque (23) sur les actes de l'exécutif, a été sans doute le plus puissant stimulant qui ait poussé le gouvernement à persévérer sur le chemin de l'arbitraire. Et, chose notable, les tribunaux judiciaires inférieurs, tout en reconnaissant la légitimité de ces décrets, alléguèrent néanmoins le droit pour la justice de vérifier l'accomplissement, lors de leur émission, de certaines

(22) Loi du 17 février 1912.

(23) V. les références de la note 24.

conditions de forme (24). D'ailleurs l'arrêt de la Cour a été vivement critiqué par la doctrine (25).

Cependant, si la décision de la plus haute juridiction roumaine doit encourir le blâme de l'analyse juridique, il n'est pas moins vrai que d'importantes raisons d'ordre pratique ont milité en faveur de cette solution. En 1919, à l'époque où cet arrêt a été rendu, la Cour de Cassation se trouvait en présence de faits accomplis; des centaines de décrets-lois avaient modifié assez sensiblement le droit en vigueur jusqu'alors. Leur refuser la valeur juridique aurait amené une nouvelle perturbation, un nouveau retour en arrière. En outre, restait la question redoutable des droits acquis en vertu de ces décrets. Certes, nous ne faisons pas l'apologie du régime des décrets-lois; mais une fois qu'on les accepte, tant bien que mal, pourquoi défaire le processus de la cicatrisation en risquant d'ouvrir la plaie?

Toutefois, même ayant le dessein de justifier et de couvrir l'arbitraire, la Cour de Cassation aurait pu trouver, en vue de cette fin, une formule plus heureuse, moins diffuse et moins dangereuse par la généralité de ses termes. Une argumentation comme celle du 15 février 1919 ne fait pas honneur à la suprême gardienne de la Constitution. Jeter par dessus bord, au moyen de quelques lignes lapidaires, la validité du pacte fondamental, ne peut être précisément la marque d'un grand souci du respect de la légalité.

Nous ne voulons pas insinuer que nous aurions préféré un jeu d'équilibre avec des subtilités juridiques, mais ce que

(24) Tribunal de TELEORMAN, *Pandectes roumaines*, 1922, II, 56, Cour d'Appel de Jassy, de Bucarest, e. t. c., chez RARINCESCO, op. c., p. 161, note 42.

(25) v. NÉGULESCO, RARINCESCO, BOTEZ, ALEXANDRESCO, etc...

nous aurions voulu, c'eût été une attitude franche, qui, tout en stigmatisant l'abus, aurait insisté néanmoins sur la nécessité impérieuse de l'accepter en raison des considérants d'ordre pratique. Et, quant à l'avenir, la Cour aurait pu limiter l'exercice de ce droit dans des confins plus solides, préservant mieux les libertés compatibles avec l'état de nécessité qu'elles ne le sont sous l'empire de la formule employée (26).

3. — QUELQUES OPINIONS DE LA DOCTRINE

M. NEGULESCO (27), tout en faisant la critique du point de vue de la Cour de Cassation, admet cependant, sous certaines réserves, la légitimité des décrets-lois. « En l'absence du Parlement, on ne peut pas légiférer, mais le pouvoir exécutif, ayant la directive des intérêts généraux de l'Etat, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, a le devoir de veiller à ce que la sûreté et l'ordre public ne soient pas troublés et de faire tout son possible afin que l'état de crise soit résolu. Dans cet ordre d'idées, le pouvoir exécutif peut accomplir des actes ayant caractère général et qui créent des situations juridiques nouvelles, c'est-à-dire qu'il peut légiférer par décrets-lois, mais qu'il n'a pas le droit de le faire dans d'autres matières » (p. 497., op. c.).

Ensuite, le savant professeur de l'Université de Bucarest fait un intéressant rapprochement entre l'acte de gouvernement et le décret-loi :

« L'acte de gouvernement est également un acte du pouvoir exécutif, intervenant en période de crise; il est l'acte principal qui, opérant la reconnaissance de l'état de crise,

(26) A l'image, par exemple, de la décision de la Cour de Cassation italienne, en date du 16 novembre 1923.

(27) NÉGULESCO, op. c., p. 494 et suiv.

établit en même temps les moyens considérés par le pouvoir exécutif comme susceptibles de mieux la résoudre.

« Quand une révolution éclate à l'intérieur et que le Parlement n'est pas réuni, le gouvernement décrète l'état de siège politique ; quand l'ennemi envahit le pays en période de vacances parlementaires, le gouvernement déclare l'état de guerre ; ce sont des actes de gouvernement et, s'appuyant sur eux, c'est-à-dire en partant de ces actes, le pouvoir exécutif prend toutes les mesures nécessaires par voie de décrets-lois...

« En d'autres termes les décrets-lois qui interviennent après que l'acte de gouvernement a créé provisoirement un régime juridique nouveau, en déclarant l'état de siège et de guerre, sont des actes ayant pour but de compléter la législation qui ne correspond plus au régime nouveau établi d'une manière provisoire.

« Dans des conditions pareilles ces décrets-lois sont, tout comme les actes de gouvernement, soumis à certaines normes juridiques ; ils ne peuvent être l'œuvre arbitraire du pouvoir exécutif. Par le fait qu'il y a un état de crise, cela ne signifie pas que l'état de légalité a cessé d'exister, mais cela veut dire uniquement que, tant que la crise sévira, quelques-unes des dispositions constitutionnelles ne pourront pas trouver leur application ; quant aux autres dispositions, l'état de légalité continue d'exister. En conséquence, les tribunaux feront l'application de la loi en tenant compte des circonstances » (p. 498).

A côté de ces vues d'ordre théorique, M. NEGULESCO relève l'abus considérable qu'on a fait des décrets-lois en Roumanie car un très grand nombre de ceux-ci n'a présenté aucun caractère d'urgence et a concerné des intérêts privés sans

aucun lien avec la crise ; mais ce qui a été encore plus grave, c'est que nombre de ces décrets ont été édictés à une époque où le Parlement était réuni.

Finalement, M. NEGULESCO requiert pour la validité et des décrets-lois, et des actes de gouvernement, l'existence des conditions suivantes :

a) Existence d'un péril, c'est-à-dire que l'Etat doit se trouver dans la nécessité de recourir à de semblables mesures ;

b) Le péril passé et la légalité rétablie, l'acte de gouvernement ou le décret-loi ne produira dorénavant aucun effet, s'il n'a pas été ratifié par le Parlement ordinaire ou par les Chambres de révision.

Ce qu'il y a à relever de particulier dans les vues de M. NEGULESCO, c'est le rapprochement qu'il fait entre l'acte de gouvernement et le décret-loi. C'est un lien de filiation entre l'acte de gouvernement, acte-condition, et le décret-loi, acte-conséquence.

Observons toutefois qu'une pareille théorie ne peut se soutenir que dans des Etats qui ont adopté l'institution des actes de gouvernement d'une manière indubitable. En Roumanie, l'existence des actes de gouvernement est consacrée par la loi du 17 février 1912. Une telle théorie serait téméraire dans un Etat comme la France où la reconnaissance légale de l'acte de gouvernement fait défaut (28) ; en effet, même les auteurs qui sont disposés à admettre son existence légale, le font dans un cadre tellement limitatif qu'on n'en saurait tirer les conséquences permises par un texte large, démesurément long, comme est celui de la loi roumaine.

(28) BERTHÉLEMY, *op. c.*, p. 100.

M. RARINCESCO, dans sa très remarquable étude sur les décrets-lois et le droit de nécessité, écrit :

« La deuxième phase de la dictature de fait dans notre pays, celle du régime des décrets-lois, a été une dictature de fait totale, complète, à cause de son emprise sur le domaine entier de la vie publique et sociale, sans être entravée par aucune limite ou condition. On a émis des décrets-lois tant dans le domaine du droit public que dans celui des rapports purement patrimoniaux et civils, tant en l'absence qu'en la présence du Parlement ; on les a émis tant à la veille de sa convocation que le lendemain de sa dissolution, pour des nécessités particulièrement graves et urgentes et pour d'autres, qui, évidemment, n'ont pas eu ce caractère. Mais ce qui est plus grave, c'est que, de la même manière que le constate le Professeur AMBROSINI pour l'Italie, la plus grande partie de ces décrets-lois a été prise sous la pression des intérêts individuels et collectifs, qui autrement, n'auraient pas pu, peut-être, voir leur réalisation, mais nullement sous la pression de l'intérêt d'ordre public. Par ce moyen, certaines situations privilégiées de l'ordre économique et financier ont été consenties aux partisans politiques, et les finances et le domaine public ont été engagés pour de longues périodes, bien qu'aucune nécessité impérieuse n'ait existé en fait » (op. c. p. 159).

Toutefois, M. RARINCESCO ne refuse pas la validité à certains de ces décrets pourvu que certaines conditions aient été remplies lors de leur émission (op. c. p. 162 et suiv.). Dans le même sens est la doctrine professée par M. STAMBOULESCO (29), qui, tout en admettant la dérogation à la Constitution, sous l'empire de la nécessité, écrit : « Mais l'abus des

(29) STAMBOULESCO : Principes de droit constitutionnel, p. 51 et suiv.

mesures exceptionnelles est à craindre et une rigoureuse limitation de ce droit (du droit de nécessité n. d. a.) au minimum nécessaire et au temps réclamé par les circonstances, s'impose, du fait que le pouvoir exécutif est facilement entraîné à glisser sur la pente de l'illégalité et à gouverner à l'aide de décrets-lois, qui aboutissent rapidement à la suppression des libertés. Mais il y a un troisième pouvoir dans l'Etat, le pouvoir judiciaire, qui a la possibilité et le devoir d'arrêter les initiatives dangereuses du pouvoir exécutif, en refusant ces décrets si aucun motif grave, aucune urgence, ne viennent les légitimer ». Dans le même sens sont également les vues de MM. DISSESCO, ALEXIANO, BOTEZ (30), etc... avec des nuances plus ou moins différentes, s'unissant pour condamner l'usage démesuré de légiférer par décrets, dont s'est servi à l'excès le gouvernement roumain.

4. — ATTITUDE DU PARLEMENT

Le gouvernement roumain, présidé par ce grand autocrate doué d'une volonté d'acier que fut Joan J. C. Bratiano, le « Père la Victoire » de la Roumanie, s'était acheminé, à n'en pas douter, sur la voie du plus pur absolutisme ; d'ailleurs, les gouvernements qui l'ont suivi, n'ont pas manqué de l'imiter (31). Mais en même temps, il faut le reconnaître, dans aucune époque de l'histoire roumaine, le besoin d'une autorité centrale forte n'a été plus pressant, vu l'enjeu de la partie : l'indépendance et l'existence même de la Roumanie. Le

-
- (30) DISSESCO : Le pouvoir et la responsabilité gouvernementale, dans la *Nouvelle Constitution de la Roumanie*, ALEXIANO : Cours de droit constitutionnel, I, p. 380 suiv., BOTEZ « Dreptul », 1919.
(31) En spécial le gouvernement Coanda ; à l'encontre de cela, le gouvernement Vaida-Voevod, marque un souci louable vers le retour à la constitutionnalité.

gouvernement a certainement outrepassé les bornes de la nécessité, mais aurait-il pu être maître de son calme devant l'abîme qui s'ouvrait devant lui ? Bien entendu, nous en exceptons les décrets qui ont été d'une illégalité flagrante, étant donné leur contenu, dans des cas semblables il s'agit d'abus que personne ne saurait accepter. Mais nous croyons qu'en pareille occurrence la bonne foi, et du roi, et du chef du gouvernement, a été surprise par des profiteurs de seconde et de troisième main.

Ainsi, la dictature exécutive a été totale, sans aucune limite, sinon une auto-limite. Était-il nécessaire de la pousser jusqu'à ce point extrême ? Nous ne le pensons pas, nous croyons plutôt que le pouvoir exécutif n'aurait pas dû user de ces moyens excessifs, sans aucun éclectisme dans leur choix.

D'ailleurs le Parlement qui, en somme, s'est vu dépossédé de la fonction de faire la loi, n'a-t-il pas réagi d'une manière quelconque pour se sauver de ce naufrage lamentable ? La réponse que nous devons donner, nous la formulons à regret : le Parlement s'est montré une fois de plus ce qu'il a toujours été depuis 1866 : l'instrument docile et aveugle du gouvernement, acquiesçant à toute initiative de la part de ce dernier sans protester. Il n'a marqué aucune nervosité à l'égard de l'omnipotence toujours grandissante du gouvernement. On sait que sur sa demande il a sciemment violé la Constitution en votant cet article unique sur l'état de siège. Et, quand le gouvernement, bien tardivement ! a commencé à ressentir quelques scrupules, il s'est empressé de valider en bloc tous les décrets-lois qu'on lui a soumis. Ainsi, la loi du 17 mars 1920 a ratifié un nombre considérable de décrets pris entre les années 1917-1920. La loi du 27 mars 1924 ne

ratifie pas moins de 474 décrets dont 14 avec des modifications (proposées par le gouvernement) (32). Notons même que la Constitution de 1923, dans son article 133, a ratifié deux décrets-lois concernant l'attribution aux Juifs de la qualité de citoyens.

Il est inutile de dire que le gouvernement n'a pas même encouru l'ombre d'une responsabilité politique, tout étant accepté et légalisé pour le bonheur de la nation reconnaissante...

Mais, a-t-on tiré de ces faits des enseignements pour l'avenir ? S'est-on prémuni contre la possibilité du retour d'une telle dictature ?

Pour se rendre compte de la leçon qu'on a tirée de la mésaventure du passé, il suffit d'étudier l'article 128 de la nouvelle Constitution, premier alinéa : « La Constitution présente ne peut être modifiée, ni en totalité, ni en partie » ; second alinéa : « En cas de péril de l'Etat, on peut instituer par loi l'état de siège général ou partiel ». C'est parfait que l'état de siège soit proclamé par la loi car il peut devenir une nécessité impérieuse, comme l'a prouvé l'expérience. Mais quel sens donner alors au premier alinéa ? Il y a là une des plus belles contradictions qu'on puisse trouver : on affirme d'abord la permanence d'une organisation de droit, en excluant la possibilité d'y déroger ; on vient ensuite, dans le même article, soutenir exactement le contraire. Puisque l'état de siège, surtout l'état de siège général, suspend certaines dispositions constitutionnelles, pourquoi se refuser à le reconnaître ? Bien mieux, pourquoi ne pas inscrire dans la Constitution même les libertés qui peuvent être suspendues, au lieu de se complaire dans l'ambiguïté d'un texte qui n'a même pas

(32) En outre, la même loi ratifie et abroge en même temps 159 autres décrets. V. ONISOR, op. c. ; p. 11, notes.

le mérite d'être habile ? La question vitale, à savoir quelles seront les dispositions sacrificables de la Constitution, est laissée simplement à l'appréciation du Parlement ordinaire qui, par là même, a le pouvoir de la modifier. C'est donc agir « *in fraudem legis* » que d'y toucher en évitant la procédure spéciale prévue dans son texte.

Nous ne possédons aucune loi sur l'état de siège, comme nous l'avons prouvé ailleurs. La Constitution de 1866, aussi bien que celle de 1923, a manqué au devoir d'inscrire dans son texte quelques dispositions à ce sujet. Ainsi on ignore complètement ce qu'a voulu réaliser le législateur constituant de 1923. Recourir à l'ancien texte de 1864 sur l'état de siège, texte abrogé déjà en 1866 ? A moins que le constituant de 1923 ait voulu habiliter le gouvernement à définir le contenu de l'état de siège après sa déclaration, en principe, par la loi.

Nous avons bien le droit de regretter pareilles dispositions, surtout dans une Constitution, dispositions qui ouvrent la voie aux abus les plus criants, réduisant à une simple illusion le régime de la légalité (33).

5. — LES DÉCRETS-LOIS DANS LES TERRITOIRES QUI SE SONT UNIS AU ROYAUME DE ROUMANIE

Une application certainement très intéressante du principe de l'élaboration du droit par décrets (bien que dans ce cas il ne s'agisse pas des décrets-lois infractions, mais simplement des actes réguliers, néanmoins nous maintenons cette expression, en raison du fait qu'elle a été consacrée, dans cette matière, par le législateur même, comme on le verra plus loin), a été faite dans les territoires qui, après avoir appartenu à la

(33) Dans ce sens, ALÉXIANO, op. c., p. 393.

Monarchie austro-hongroise, se sont unis au Royaume de Roumanie en vertu du principe de l'auto-disposition des peuples. En effet, la décomposition de la Monarchie austro-hongroise, survenue en octobre 1918, a engendré dans le territoire de la *Transylvanie* la domination de l'élément autochtone majoritaire de nationalité roumaine.

A la suite des résolutions prises par la grande Assemblée populaire d'*Alba Julia*, le 1^{er} décembre 1918, où furent représentées toutes les unités territoriales de la *Transylvanie*, l'union de cette ancienne province de la Monarchie austro-hongroise fut réalisée avec le Royaume de Roumanie. Il est hors de doute que la volonté du peuple trouva son expression dans les résolutions de l'Assemblée. C'était une assemblée nationale souveraine, sans pareille dans l'Histoire : le nombre des participants s'en chiffra à plusieurs centaines de mille. On vota par acclamations, au milieu de l'enthousiasme délirant, l'union définitive avec les frères de l'ancien royaume. Ensuite, l'Assemblée institua un *Grand Conseil national*, pour représenter le peuple de la Transylvanie et pour administrer ses affaires. Le *Grand Conseil*, conformément à son mandat, élut un comité restreint de quinze membres, dénommé le *Conseil Dirigeant*, et qui fut investi de la tâche d'assumer l'exécution de toutes les décisions prises par l'Assemblée (34).

Il est certain que, tant l'*Assemblée nationale* que son organe restreint élu dans son sein, le *Grand Conseil*, ont été les dépositaires de la souveraineté nationale. Il était dans leur compétence de déléguer à n'importe qui l'exercice, et du pouvoir législatif, et du pouvoir exécutif.

En conséquence, comme l'organisation étatique anté-

(34) BOILA, op. c., p. 141.

rieure était dans un stade de désagrégation complète à la suite de la déchéance de l'ancienne monarchie et de la révolution de novembre, il était nécessaire de prendre des mesures urgentes de redressement. Ainsi, le *Conseil Dirigeant* s'est trouvé investi, et de la fonction exécutive, et de la fonction législative. Nous reproduisons les termes de son mandat émané du *Grand Conseil* : « Le *Conseil Dirigeant* exécutera les décisions de l'*Assemblée nationale*, conduira les affaires de l'Etat, pourvoira au fonctionnement des services publics et, dans ce but, sera en droit d'ordonner et de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires ».

Par la généralité de ces termes, notamment par le terme « il conduira les affaires de l'Etat » (littéralement la vie d'Etat) le *Conseil dirigeant* a été investi de pouvoirs discrétionnaires qui ne trouvent leur limite que dans les résolutions de l'Assemblée.

Toute cette organisation était destinée par la logique des choses à n'avoir qu'un caractère provisoire. Elle devait préparer l'unification, dans toutes les branches du droit, avec le vieux royaume.

La question qu'on est tenté de se poser est la suivante : pourquoi n'avoir pas procédé tout de suite à l'unification juridique de la Transylvanie et du vieux royaume ou, en d'autres termes, à l'assujettissement de la nouvelle province roumaine au régime juridique du royaume préexistant ?

Certainement, en agissant ainsi, on aurait eu le grand avantage d'assurer l'unité du droit et du gouvernement pour le pays entier. Mais il y a eu également des raisons qui plaidaient en faveur d'une solution transitoire. La Transylvanie a vécu pendant des siècles sous un régime de droit public et privé qui se différenciait profondément de celui du vieux

royaume. A l'appui de notre assertion et à titre d'exemple nous dirons que la Transylvanie était régie par le Code civil autrichien, par le Code pénal hongrois (35), par le Code commercial hongrois, par des Codes de procédure hongrois, tandis que le vieux royaume était régi par un Code civil et par un Code pénal calqués sur les Codes Napoléon et par une Constitution qui était la copie presque fidèle de celle de la Belgique. Donc, divergences profondes et sans points communs de contact entre les assises juridiques des deux territoires. Une unification brusquée aurait eu des effets inverses de ceux escomptés. Il fallait opérer la transition d'un régime à l'autre, moins abrupte, moins violente. La population de la Transylvanie avait calqué tous ses rapports juridiques dans l'esprit de ce droit d'une origine parfois séculaire. Aujourd'hui encore, après quinze ans de vie étatique roumaine, l'unification législative complète reste encore un postulat à réaliser. Il est vrai que l'unification du droit public est achevée, mais les régimes particularistes subsistent, surtout en droit privé, tant en Transylvanie qu'en Bucovine (36). Sans doute, ce n'est pas une situation réjouissante; les conflits territoriaux entre les diverses législations particulières, conflits tels que les connaît le droit international, sont à l'ordre du jour et il est inutile de dire que l'administration de la justice en souffre la première. Le travail d'unification ne fait qu'avancer péniblement, les hommes y mettant encore plus d'obstacles que les faits. Mais une chose reste acquise : l'unification ne pourra se faire que dans la ligne tracée par la culture juridique latine; les institutions de droit, telles qu'elles ont été moulées dans les clichés de l'adaptation française, conviennent mieux à l'es-

(35) TRAIAN POP : Droit pénal, II (Partie générale).

(36) TRAIAN POP, op. c.

prit et au caractère du peuple roumain que les abstractions allemandes. La définition lourde quant à la forme et quant au contenu de la technique juridique germano-hongroise doit être remplacée par la clarté et la simplicité de la définition latine, lapidaire et précise.

Mais en 1918 l'unification ne pouvait être qu'un idéal lointain. La désorganisation existait, non seulement du côté de la Transylvanie, mais aussi du côté du vieux royaume qui venait justement de traverser une de ses plus dures épreuves. Il est dès lors explicable, même en faisant abstraction des développements antérieurs, que chaque territoire, dominé par ses propres soucis, ait négligé de s'inquiéter de ceux de l'autre.

En vérité, la Transylvanie, tout en faisant corps à partir du 1^{er} décembre 1918 avec la Roumanie agrandie, a eu pendant plus d'une année un véritable *self-gouvernement*, dans l'acception la plus large du mot. Mais ce *self-gouvernement* a bien été dans les vues du gouvernement royal roumain, comme nous le démontrerons plus loin.

Néanmoins, le côté juridique de l'union de la Transylvanie avec le vieux royaume et, par la suite, le côté juridique de ce *self-gouvernement*, demandent encore quelques explications : ainsi nous dirons qu'en vertu de l'union résolue par l'Assemblée l'*Alba-Julia*, la Transylvanie a accepté les institutions politiques préexistantes du vieux royaume, par exemple l'institution de la royauté ; c'est une reconnaissance expresse, par le fait qu'une délégation élue dans son sein a présenté au Roi l'acte d'union en lui en demandant la confirmation. Le Roi a donné sa confirmation par le décret-loi n° 3.631 du 11 décembre 1918, pris sur le rapport du Président du Conseil. « La délégation de l'Assemblée nationale soumet à Votre Ma-

jesté l'acte d'union et demande que Votre Majesté l'affermisse pour donner une forme définitive à notre unité nationale... » Et voici le décret-loi pris en conséquence : « Article premier : les territoires représentés à l'Assemblée nationale d'*Alba-Julia* du 1^{er} décembre 1918 sont et restent unis au Royaume de Roumanie » et le décret-loi n° 3.632, même date, qui le suit : « Article premier : Provisoirement et jusqu'à la *définitive organisation de la Roumanie agrandie*, nous habilitons à la direction des services publics dans les territoires prévus dans le décret-loi n° 3.631, le *Conseil Dirigeant*, émané de l'*Assemblée nationale d'Alba-Julia* du 1^{er} décembre 1918 ».

Ici, nous sommes redevables de quelques précisions :

D'abord l'Assemblée nationale d'*Alba-Julia* constate la déchéance de la monarchie austro-hongroise. En vertu du principe de la libre disposition des peuples, les représentants autorisés de l'élément ethnique majoritaire de la Transylvanie prennent la résolution de s'unir au vieux royaume. C'est une résolution unilatérale, c'est, en termes juridiques rigides, une offre qu'on fait au vieux royaume et, jusqu'à l'acceptation de cette offre, l'organisation provisoire établie par l'Assemblée reste seule valable. Mais à partir du 11 décembre 1918, date des décrets royaux mentionnés, la Transylvanie est incorporée dans l'organisation étatique préexistante du Royaume de la Roumanie et c'est bien l'acceptation royale qui a parachevé l'union. Quoi qu'on dise, l'organisation de la Transylvanie, telle qu'elle fut établie par l'Assemblée d'*Alba-Julia*, a été une organisation opérante seulement jusqu'à la date du 11 décembre 1918. Mais, si par impossible, le Roi avait refusé l'offre d'union, dans cette éventualité elle aurait bien conservé sa force, régissant l'Etat libre de Transylvanie. Mais le cas ne s'est pas présenté. En conséquence, à la souveraineté du

peuple transylvain s'est substitué la souveraineté de la nation roumaine entière, dans laquelle la souveraineté précitée s'est confondue. Toutefois, le roi a tenu compte de l'organisation provisoire de l'Assemblée en maintenant, et le *Conseil Dirigeant*, et le *Grand Conseil* d'une manière implicite. Était-il obligé de le faire ? Nullement. Il aurait pu considérer comme inutile un *self-gouvernement*, même provisoire ; il aurait pu procéder sans retard à l'unification complète. Il aurait eu le droit de le faire. Évidemment, le Roi n'a pas agi ainsi. Il a trouvé une formule heureuse et transactionnelle. Tout en affirmant sa qualité de souverain sur la nouvelle province (puisque c'est lui qui donne le mandat au *Conseil-Dirigeant*, bien qu'il soit étranger à sa création), grâce à cette phrase « émanée de l'Assemblée nationale d'*Alba-Julia* », il a su ménager les susceptibilités transylvaines, en reconnaissant opérante, même dans l'avenir, l'organisation créée par l'Assemblée nationale. Donc, le Roi a maintenu le pouvoir du *Conseil-Dirigeant* dans son étendue primitive, sauf les réserves prévues à l'article 2 du deuxième décret.

Une dernière question très importante nous reste à expliquer.

C'est bien le Roi qui a parachevé par son acceptation cette union. Nous pouvons dire qu'il était en droit de le faire, puisque, à ce moment, en l'absence des Chambres qui étaient dissoutes, il a été seul à synthétiser les plus importantes fonctions dans l'Etat. D'ailleurs, l'acquiescement ordinaire des Chambres aurait été insuffisant, même dans le cas de leur réunion, parce qu'une pareille incorporation change les termes de la Constitution et exige ainsi l'avis d'une Assemblée constituante. Or, l'union ne devait pas se faire uniquement avec le vieux royaume, mais également avec la Bessa-

rabie et la Bucovine, récemment incorporées à la Roumanie. L'Assemblée constituante aurait eu, en conséquence, une tout autre composition que celle prévue par la Constitution. On voit qu'en restant sur les remparts du parlementarisme et du constitutionnalisme, on tourne dans un cercle vicieux. Par suite, il faut faire appel au seul bon sens pour expliquer les faits. En outre, le Roi a opéré avec le consentement tacite du peuple entier ; à aucune époque de l'histoire roumaine les rangs n'ont été aussi serrés autour du monarque. Quant au mandat qu'il donne au Conseil dirigeant, il est vrai, qu'en raison d'une analyse juridique transcendante, le Roi lui-même n'a pas eu le pouvoir de légiférer, moins encore celui de déléguer à son tour une fonction qui ne lui appartient en vertu d'aucune délégation de la part de la nation, car le Roi n'a pas le droit de faire la loi, il a seulement des droits dans l'ordre législatif. Mais le bon sens nous commande d'exclure toutes notions appartenant à l'encyclopédie constitutionnelle pour rester précisément dans les cadres de la logique. D'ailleurs, toutes les actions royales dans cet ordre d'idées ont été ratifiées implicitement, et par le premier Parlement régulier (Parlement Vaida-Voievod), et par ceux qui l'ont suivi, y compris les Assemblées constituantes de 1923. Comme conclusion, l'investiture du *Conseil-Dirigeant* doit être considérée comme valable.

Habilité ainsi, le *Conseil-Dirigeant* a émis de nombreux décrets ayant force de loi pour le territoire de la Transylvanie. Les décrets principaux sont les suivants (37) : décret n° 1 sur le fonctionnement provisoire des services publics, sur l'application des lois et sur l'usage des langues (38) ; décret

(37) v. ONISOR, op. c., p. 13, notes.

(38) La Transylvanie a deux minorités ethniques : les Hongrois et les Saxons.

n° 2 sur le fonctionnement provisoire des services administratifs; décret n° 4 sur l'introduction d'une terminologie roumaine dans l'administration de la justice; décret n° 5 sur l'annulation de la loi hongroise n° XVII de 1915 sur la responsabilité de ceux qui ont trahi la patrie (la patrie hongroise, n. d. a.); décret n° 6 sur le contentieux administratif; décret n° 8 sur l'organisation de la police d'Etat; décret n° 9 sur la presse; décret n° 10 sur l'examen des capacités des magistrats et avocats; décret n° 12 sur la réglementation provisoire du temps de travail dans l'industrie et le commerce; décret n° 13 sur la modification de quelques dispositions du Code pénal et de la procédure pénale militaire; décret n° 15 sur la modification de la loi XXXIV de 1874; décret n° 16 sur l'établissement des circonscriptions électorales; décret n° XIX sur la modification de la loi portant sur l'assurance des salaires industriels et commerciaux; décret n° XXI sur la réglementation du service sanitaire; décret n° XXII sur l'élection des conseils communaux et des maires; décret n° XXIII sur l'établissement des fêtes officielles; décret n° XXIV sur l'élection des assemblées départementales et leur fonctionnement, etc...

D'après ce qu'on vient de voir, l'activité législative du *Conseil-Dirigeant* a été surtout une activité d'adaptation, afin de faire correspondre le droit aux changements de fait de la situation. Bien entendu, les lois préexistantes en Transylvanie ont continué de rester en vigueur dans la mesure où elles n'ont pas été modifiées ou abrogées par les décrets ci-dessus.

A côté de ces décrets, émanation exclusive du *Conseil-Dirigeant*, il faut en signaler deux autres, en raison de leur importance particulière et de la complexité de leur élaboration : ce sont les décrets n° 3911 du 10 septembre 1919 sur

la réforme agraire et n° 3621 du 24 août 1919 sur la réforme électorale. Ils ont été élaborés de la façon suivante : après que le *Conseil-Dirigeant* les eut rédigés, les projets furent soumis au *Grand-Conseil*, réuni en l'occurrence. Après son approbation, les projets furent encore soumis au roi, qui les adopta en les publiant sous la forme de décrets royaux.

On se demandera quelle est la raison de ce procédé spécial, jugé nécessaire pour l'émission de ces deux décrets ? Elle est bien justifiable ; la réforme agraire était un problème qui mettait en jeu des intérêts dépassant de beaucoup la sphère des intérêts d'une province, car, tout en étant un problème d'ordre intérieur, par la répercussion d'ordre international qu'elle pouvait engendrer (39), elle engageait le pays entier. Il fallait l'appuyer sur des assises plus solides : la réforme agraire, véritable réforme sociale, devait avoir le prestige de l'assentiment de la nation roumaine entière ou, du moins, de ses représentants les plus qualifiés.

Il convient ici de souligner l'importance de la réforme électorale. Le vote universel et secret a été une notion inconnue, estimée même dangereuse dans la Hongrie d'antan (et même de nos jours, si invraisemblable que cela puisse paraître, la Hongrie ignore l'institution du suffrage universel). Cette innovation capitale pour la Transylvanie devait être le principe de base d'après lequel on ferait l'élection du Corps législatif de la Roumanie nouvelle (40). Donc, vu l'importance de principe des deux réformes, il fut tout naturel que l'organe suprême du Royaume ait voulu leur prêter le prestige de sa majesté.

(39) La célèbre affaire des *optants hongrois*, v. une thèse de Paris, 1929, de M. Jean DOBRIN à ce sujet.

(40) v. ONISOR : La nouvelle loi sur l'élection des Députés et Sénateurs, 1919.

Comme nous le disions plus haut, l'existence du *Conseil-Dirigeant* a été limitée dans le temps. On ne pouvait savoir, évidemment, à l'avance, le terme extinctif de ses pouvoirs. Le *Conseil-Dirigeant* fut par sa nature même un organisme *ad hoc*, chargé de la réalisation et de la solution des problèmes les plus pressants : il a eu une mission nivélatrice pour rendre possible l'exercice d'une autorité centrale et unique. Dans cet ordre d'idées nous croyons qu'il a réussi au-delà de toute espérance et l'historien objectif ne tardera pas à lui rendre justice (41).

Ce fut à la suite du décret-loi n° 4622 du 2 avril 1920 que l'autorité exercée, par le *Conseil-Dirigeant* passa au gouvernement de Bucarest, désormais unique pour toute la Roumanie. Voici les termes du décret : « Les attributions du *Conseil-Dirigeant* se transmettent aux pouvoirs prévus aux articles 32 et 35 de la Constitution et celles appartenant aux ressorts du C. D., aux départements correspondants du gouvernement royal ». Mais, à l'encontre de ce que suggère la lecture de ce texte, le pouvoir législatif a déjà cessé d'être exercé par le C. D. le 20 novembre 1919, date de la réunion du corps législatif où ont été représentés tous les territoires roumains (Parlement Vaida-Voevod).

En conséquence, le terme résolutoire pour l'exercice de la fonction légifératrice par le C. D. a été la réunion d'un Corps législatif, expression du pays tout entier. En ce qui concerne l'exercice du pouvoir exécutif, il y avait une grande latitude d'appréciation, plus ou moins subjective. On a trouvé opportun, à tort ou à raison, de mettre un terme au *self-gou-*

(41) Le Président de ce Conseil a été M. Jules Maniu, deux fois Président du Conseil depuis lors.

vernement transylvain, en avril 1920, c'est-à-dire après plus d'une année *d'existence*. A vrai dire, à cette époque, la situation générale du pays était presque redevenue normale.

Quant aux deux autres provinces qui se sont unies au vieux royaume, à savoir la Bucovine et la Bessarabie, leur situation a été différente : tout en conservant une forte autonomie administrative, les organes exécutifs de la Bucovine n'ont pas eu le pouvoir d'édicter des décrets ayant force législative. En vertu de l'article premier, alinéa 3, du décret royal n° 3745 du 18 décembre 1918, le ministre délégué du gouvernement résidant dans la capitale de la Bucovine, ne peut qu'édicter des ordonnances concernant l'administration de la Bucovine, dans le « *cadre des lois en vigueur* ».

Cela ne veut pas dire qu'on n'a pas légiféré par décrets ; mais ces décrets ont émané du gouvernement central et non de l'autorité locale.

En Bessarabie, situation analogue : tout en jouissant d'une autonomie considérable elle est restée reléguée dans l'administration : le décret royal du 11 décembre 1918, article 2, est catégorique : « . . . Les directeurs exerceront leurs attributions en se conformant aux lois et règlements en vigueur ».

Fait notable, en Bessarabie, l'unification législative a réalisé des progrès considérables : sous la domination russe, le régime juridique a été peu libéral et anachronique. En conséquence, les décrets lois des 4 et 27 mai 1919 y introduisirent purement et simplement le Code et la procédure pénale roumains ; le décret du 27 mai 1919 le Code commercial roumain, et le décret du 4 juillet 1914, quelques dispositions de la procédure civile.

Ce sont tous les décrets émanés du gouvernement central, les autorités locales n'ayant jamais exercé la fonction légifératrice, du moins à dater du décret royal mentionné (42).

(42) Les ouvrages des auteurs roumains, cités dans ce chapitre, ont été donnés avec les titres traduits en langue française; afin d'éviter toute méprise, l'auteur insiste sur le fait qu'il s'agit des ouvrages écrits en roumain.

CHAPITRE IV

Le « Notverordnungsrecht » allemand

SECTION I

GÉNÉRALITÉS

La structure de l'Empire allemand d'avant guerre, ainsi que des Etats qui le composaient, était une structure essentiellement monarchique. Le principe monarchique, « *das monarchiste Prinzip* », d'après l'expression de JELLINEK, était le centre de gravitation de l'organisation politique du *Reich* : tout convergeait vers lui et tout rayonnait de lui. D'après JELLINEK (1), « la monarchie c'est l'Etat gouverné par une volonté physique... Cette volonté doit être la plus haute et ne dépendre d'aucune autre volonté. La caractéristique essentielle du monarque est exclusivement qu'il possède dans l'Etat la plus haute puissance », ou bien, d'après l'expression lapidaire et plastique de BORNHAK (2), « *L'Etat, c'est le Roi* ». Avec une pareille position prééminente dans l'Etat, on peut s'imaginer ce que pouvait être à côté du monarque, le Parlement. En effet, en vertu du constitutionnalisme allemand, le pouvoir législatif est partagé entre le monarque et les As-

(1) Chez BARTHÉLEMY : Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine. *Revue de Droit Public*, 1905 (tiré à part, page 10).

(2) BORNHAK : *Preussisches Staatsrecht*.

semblées, non point en vertu du principe de la collaboration des pouvoirs, ce qui suppose leur séparation, mais en raison du célèbre principe de « *l'auto-limitation* » (3). Aux termes de ce principe, le monarque a pris l'engagement de soumettre au préalable à la discussion et à l'assentiment du Parlement, tous les textes destinés à devenir des lois. Mais on voit bien qu'il s'agit d'un partage léonien au profit du monarque, car, d'après LABAND (4), « les Chambres se borneraient à préparer la loi, son contenu intellectuel » et même d'après JELLINEK, « l'assentiment des Chambres ne serait que la condition, et point la cause, la source, le principe de l'ordre législatif », car les Chambres ne sont pas appelées à exprimer la volonté de l'Etat, c'est le rôle du monarque (5).

Les conséquences de ces données sont l'inexistence de la souveraineté nationale, l'absence d'un principe de la séparation des pouvoirs et, surtout, l'importance primordiale de la sanction monarchique dans la sériation des opérations législatives.

Mais l'auto-limitation du pouvoir étatique qui réside essentiellement dans le monarque, ne s'est opérée que d'une manière révocable. La condition résolutoire de sa révocation sera l'apparition d'un état de crise dans l'Etat. C'est l'application du fameux « *jus eminens* » (6). Dans un pareil cas, les confins des compétences des divers pouvoirs, tant bien que mal séparés auparavant, disparaissent, pour faire place à la concentration de toutes les fonctions entre les mains du monarque. Mais, pour empêcher l'application arbitraire de ce « *jus eminens* », la science et la pratique juridiques alle-

(3) V. surtout la doctrine de JELLINEK.

(4) LABAND : Le Droit public de l'Empire allemand, tome II, page 294.

(5) JELLINEK, chez BARTHÉLEMY, op. c.

(6) BARTHÉLEMY, op. c., p. 28.

mandes ont trouvé la formule adéquate, celle des ordonnances de nécessité (7).

Le mérite en est bien revendiqué par les Allemands, car c'est leur « esprit juridique » qui a estimé, déjà dès le début, qu'il « était souhaitable de trouver des formules juridiques même pour des cas de dangers semblables » (8). En parlant de la monarchie constitutionnelle, BORNHAK estime que « chaque Etat est obligé de prendre, dans des situations exceptionnelles, des mesures exceptionnelles, même au prix d'une violation de la loi. L'émission de pareilles mesures ne peut appartenir, dans un Etat monarchique, qu'au monarque. Si la loi en avait nié la possibilité, en cas de nécessité, le péril de la violation de la Constitution aurait subsisté. Mais, si on avait autorisé l'émission des actes de gouvernement allant à l'encontre de la loi, on se serait heurté à un autre péril, celui de voir s'anéantir toute garantie pour le respect dû à la constitution. On a essayé d'échapper à toutes ces difficultés par une délimitation précise des conditions de l'exercice du droit d'émettre des ordonnances de nécessité, des ordonnances qui vont à l'encontre de la loi (9) ».

Mais il est difficile de voir la cause de la délimitation des prérogatives découlant du « *jus eminens* » dans la crainte de l'arbitraire, car les premières constitutions, qui renferment des dispositions dans ce sens, n'ont prévu aucun — ou presque aucun — confin à l'exercice du droit de nécessité. Nous croyons que la cause immédiate de la réception de ces prérogatives dans le droit écrit, fut le désir de préciser et de systématiser une institution juridique se réclamant de la coutume

(7) V. II^e section, l'origine des « Notverordnungen ».

(8) SCHULZE : Das preussische Staatsrecht, II, p. 33.

(9) BORNHAK : Allgemeine Staatslehre, p. 151.

et ayant, par ce fait même, un caractère quelque peu vague. D'ailleurs, le même phénomène de cristallisation, de synthèse, se produira encore pour bien d'autres institutions juridiques, à la suite de l'apparition de cette phalange de constitutions allemandes, tout au cours de la première moitié du dix-neuvième siècle.

Cette étude ne comporte qu'un intérêt historique. En effet, à la suite de la défaite de l'Allemagne, le *Reich* s'est donné une constitution démocratique. La déchéance de toutes les Maisons régnantes a été prononcée. Mais à travers toutes les modifications des institutions, le *Notverordnungsrecht* du pouvoir exécutif en est sorti presque indemne, l'article 48 de la Constitution de Weimar en est le témoignage (10). Ainsi, même pour aujourd'hui, ses origines doivent être cherchées dans le passé, de même que les racines du pouvoir dont dispose le Président de l'Empire, elles ne sauraient se trouver que dans les prérogatives impériales d'antan.

SECTION II

LA THEORIE JURIDIQUE DE LA NECESSITE

1. — SON ORIGINE

Les traces d'une doctrine qui envisage l'existence et la validation d'un droit de *nécessité* se trouve déjà chez les juristes allemands du XVII^e et du XVIII^e siècle. Ce droit a toujours été considéré comme un « jus eminens » de la couronne impé-

(10) Voir une substantielle étude à ce sujet, de *Carl Schmitt* « Die Diktatur »,

riale (1). Cette doctrine a été concrétisée par Bischof (2) de la manière suivante : « Les cas exceptionnels réclament des palliatifs exceptionnels ; il est impossible de les déterminer à l'avance, ils résident dans la masse entière des droits et devoirs de l'Empereur ; cela signifie que l'état de nécessité réduit au silence tout autre pouvoir législatif et maintient seulement le devoir de l'Empereur de sauver la patrie ». Et, plus loin, le même auteur nous donne la définition de ce « *jus eminens* », qui consiste « dans la suspension temporaire des confins habituels du pouvoir étatique, dans des circonstances exceptionnelles, qui menacent l'Etat dans son existence... L'idée de base de ce droit de nécessité étatique (*Staatsnotrecht*) est bâtie sur la formule « *salus populi suprema lex* ».

Toutefois, l'exercice de ce droit ne peut se faire arbitrairement, au moins d'après les vues de la doctrine. Pour que son exercice soit légitime, il doit réunir les éléments des deux conditions : a) l'existence d'un état de nécessité qui menace l'Etat ou une de ses parties, il doit y avoir « *necessitas publica* » pour recourir à ce droit d'exception et, b) « *periculum in mora* », c'est-à-dire que chaque tergiversation dans la solution de l'état de crise, dans la circonscription du danger, ne ferait qu'accroître la calamité. Les ordonnances prises en vertu de ce « *jus eminens* » s'appellent d'habitude « *lex provisoria* », « *dispositio interimistica* », pour se différencier des lois ordinaires, ou même des ordonnances impériales.

Il faut bien le noter, il n'y a pas identité entre le *Notverordnungsrecht* ultérieur, codifié, et entre l'exercice de la

(1) ARNDT : Die Notverordnungen nach dem Verfassungsrechte der modernen Staaten, vergleichend dargestellt, Inaugural Dissertation, Berlin, 1909, p. 14-15. L'ouvrage remarquable comme précision de M. ARNDT nous a servi comme guide pour les développements de ce chapitre — ainsi nous nous sommes maintes fois référés à lui.

(2) BISCHOF, a. a. O. S., 5, cité par ARNDT.

fonction législative en vertu du « *jus eminens* », car, tandis que le premier apparaît comme l'exercice d'une faculté concédée et prévue par la loi, le deuxième « *Notrecht* » va à l'encontre du droit, c'est-à-dire à l'encontre du cliché normal de l'élaboration du droit, sans que son efficacité ou sa légitimité se trouve diminuée de ce chef.

Les premières constitutions qui traduiront en droit ces conceptions seront celles de Bade (1818), Wurtemberg (1819), Hesse (1820) et Saxe-Altenbourg (1831) (3). Le droit d'édicter des ordonnances ayant force de loi est, depuis cette époque, un droit écrit qui fait partie intégrante du droit constitutionnel. Mais les conditions de son exercice se ressentent bien de l'esprit de l'époque qui ne saurait être qu'un esprit d'absolutisme mitigé avec un penchant très vague vers le libéralisme, mais qui est bien incapable de prendre une forme plus consistante. En conséquence, il n'est pas nécessaire, d'après ces constitutions, pour que la légitimité de ces ordonnances soit acquise, ni que les Chambres soient absentes au moment de leur édition, ni qu'elles les ratifient ultérieurement. D'ailleurs, même les lois constitutionnelles pourraient être changées par de pareilles ordonnances — une telle possibilité n'a rien d'étonnant — si on veut bien se reporter à la prédominance de l'esprit monarchique absolutiste de cette première moitié du dix-neuvième siècle. Pour illustrer cet état de choses, nous ne relèverons que ce vœu timide de l'un des juristes du temps « qu'il serait souhaitable que les Etats soient informés, même ultérieurement et dans la limite du possible, au sujet de ces ordonnances » (4). Les termes dans lesquels sont rédigés les dispositions qui se réfèrent à l'exercice du droit de nécessité,

(3) GLATZER : Das Recht der provisorischen Gesetzgebung, Inaugural-Abhandlung, Breslau, 1899, p. 17.

(4) ARNDT, op. c., p. 21, note 18.

nous font apparaître le véritable fondement de ce droit; c'est toujours la prédominance de la conception césarienne du droit, du retour de toutes les compétences dans l'Etat au monarque, retour qui s'opère sous l'empire de la crise — le dessaisissement de la part de l'Empereur n'a été que temporaire et limité à l'accomplissement de cette condition résolutoire. Aussi apparaît-il très naturel que l'exercice de cette prérogative de faire le droit, une fois recouvré par son titulaire de droit divin, ne soit entravé par aucune limitation.

Il est hors de doute que c'est là qu'on doit chercher l'origine du *Notverordnungsrecht* moderne; c'est une création allemande et c'est sur son sol, en contact étroit avec l'ensemble des doctrines et des pratiques monarchiques du « *Reich* » qu'il a pris consistance comme institution législative. En conséquence, la notion moderne de ce droit, telle qu'elle se trouve synthétisée dans les constitutions allemandes plus récentes n'est pas une création spontanée. L'institution a des racines historiques qu'on ne peut cacher. Aussi doit-on considérer comme faux le point de vue de GLATZER (5) qui voit l'origine du *Notverordnungsrecht* dans la réception en droit public des théories monarchiques courantes. Néanmoins, la théorie de GLATZER mérite d'être reproduite : « La notion de *légifération provisoire*, au sens de notion constitutionnelle, n'a pu avoir son origine que dans une seule forme d'Etat. La monarchie absolue n'a pas eu besoin d'une pareille institution, car le monarque y est le seul organe dont chaque disposition est revêtue d'une valabilité péremptoire et à laquelle aucun changement n'est apporté, pas même par le vote consultatif d'une Commission législative telle qu'elle existait en Prusse ».

« La monarchie représentative du type anglais préconisée

(5) GLATZER, op. c., p. 15.

par Montesquieu, ne pouvait non plus, d'après l'excellente expression de Spiegel, aboutir à un *Notverordnungsrecht* (dans l'acception du droit constitutionnel de la Prusse), car la séparation des pouvoirs ne peut franchir l'abîme entre le législatif et l'exécutif. En effet, si le pouvoir législatif réside uniquement dans le sein des Assemblées populaires, dans ce cas le monarque ne peut jamais avoir le droit de régler des objets qui sont de la compétence des Assemblées, même dans les cas les plus urgents. C'est donc la *théorie constitutionnelle moderne*, qui, reconnaissant l'unité de toutes les fonctions étatiques, a trouvé le point d'appui pour pouvoir faire du pouvoir législatif dans l'Etat un pouvoir permanent, sans aboutir pour cela à la permanence du Parlement ».

Une tentative encore plus curieuse, qui frise déjà l'in vraisemblable, a été celle qui voyait l'origine de cette institution dans l'article 14 de la Charte de 1814 (6).

La réfutation de cette fantaisie est aisée même en ne faisant pas état de ce fameux « jus eminens » ; on connaît une constitution, celle de Weimar, en date de 1808, qui renferme un rudiment de cette institution, et puis, l'interprétation abusive de cet article 14 a été précisément sanctionnée par une révolution. Une pareille affirmation repose entièrement sur la méconnaissance de l'histoire et de l'évolution du pouvoir réglementaire en France. D'ailleurs, cette opinion est rejetée par la plupart des auteurs allemands (7).

(6) HATSGHEK : *Ursprung der Notverordnung*, p. 2 ; FRIEDMANN : *Geschichte und Struktur der Notverordnungen unter Berücksichtigung der Kirchenrechts* ; STHAMER : *Das deutsche Notverordnungsrecht*, In. Abh., Hambourg, 1909, p. 9 et v. RATH : *Das Notverordnungsrecht des preussischen Landes und des deutschen Reichstaatsrechts*, In. Diss., Bonn, 1904, p. 13.

(7) ARNDT, *op. c.*, p. 17, note 14 et SPIEGEL : *Zur Lehre vom Ursprung der Notverordnung*, *Grünhuts Zeitschrift*, XXXIV, 1907.

2. — LÉGISLATION POSITIVE

A titre d'exemples et pour mieux comprendre les termes dans lesquels la théorie de la nécessité a trouvé consistance dans les diverses lois et constitutions des Etats allemands d'avant-guerre, nous avons jugé utile de reproduire *in-extenso* tous les textes législatifs qui s'y rapportent (8) :

1) Bade (9). Loi constitutionnelle du 22 août 1818 parag. 66, alinéa 2 :

« Le Grand Duc... Il peut même prendre les mesures qui sont, par leur nature, dans les attributions des Etats (10), si le bien public l'exige et si le retard apporté à leur publication doit avoir pour effet d'en compromettre le but ».

2) Wurtemberg. Constitution du 25 Septembre 1816, par. 89

« Mais le roi a le droit d'édicter les règlements et dispositions nécessaires pour l'exécution et l'application des lois et, en cas d'urgence, de faire le nécessaire pour assurer la sécurité de l'Etat et cela même sans le concours des Etats ».

3) Hesse. Constitution du 17 Décembre 1860, article 73 :

« Le Grand Duc est autorisé, sans avoir besoin de la collaboration des Etats..., et dans des cas urgents, de prendre les dispositions nécessaires pour la sécurité de l'Etat ».

(8) Les textes sont extraits en partie de DARESTE : Les Constitutions modernes, II^e éd., en partie de P. POSENER. Die Staatsverfassungen der Erdballs, et de l'ouvrage précité d'ARNDT. Sauf mention contraire, les traductions ont été faites par l'auteur.

(9) DARESTE, op. c., tome I, p. 288.

(10) Les Etats (*Stände*) signifie la représentation du pays, le parlement.

**4) Saxe-Altenbourg. Loi fondamentale du 29 Avril 1831
parag. 211 :**

« ...ensuite, les prescriptions ayant pour but la sécurité de l'Etat, n'ont pas besoin de l'approbation des Etats; néanmoins, le prince peut la demander en vertu de motifs spéciaux ».

3) Saxe. Constitution du 4 Septembre 1831, parag. 88 :

« Le roi édicte également des ordonnances qui, d'après leur nature, ont besoin de l'approbation des Etats, mais qui sont rendues nécessaires et urgentes pour le bien de l'Etat et si par le retard leur but se trouvait compromis, pourvu qu'elles ne changent ni la Constitution, ni la loi électorale ».

« Tous les ministres assument la responsabilité de cette urgence, tous sont tenus de contresigner les ordonnances qui doivent, en outre, être soumises à l'approbation des Etats lors de leur prochaine réunion ».

**6) Braunschweig. Nouvel ordre étatique
(Neue Land Schaftsordnung) du 12 Octobre 1832, par. 120 :**

« Des lois pourront être édictées entre les sessions des Etats et avec l'assentiment de l'Ausschuss, aux cas où l'urgence serait réclamée pour le bien de l'Etat, ou si le but que devait assurer la loi risquait d'être compromis par le retard, mais de pareilles lois ne peuvent concerner que les affaires intérieures, les finances et les impôts, l'obligation du service militaire et la levée des troupes. Le gouvernement de l'Etat décide sous la responsabilité de tous les membres du ministère de l'existence réelle des conditions requises (pour l'exercice du *Notverordnungsrecht*, note du traducteur). De

semblables lois doivent être soumises sans retard à l'approbation des Etats, et, en cas de rejet de leur part, elles perdent toute validité ».

7) Saxe-Weimar-Eisenach. Loi fondamentale révisée du 15 Octobre 1850 portant sur la Constitution du 15 Mai 1816, parag. 61 :

« Le prince est autorisé à édicter des lois qui, d'après la Constitution présente (par. 4 Z 6), devraient avoir l'assentiment des Chambres, si le bien de l'Etat le réclame de toute urgence. Y sont exceptées toutes modifications à la Constitution et à la loi électorale ».

« De telles lois engagent la responsabilité de tous les chefs de départements qui sont présents, et, à cette fin, ceux-ci sont tenus de les contresigner, elles doivent également être soumises à l'approbation des Etats lors de leur réunion prochaine et mention expresse sera obligatoirement faite à l'occasion de leur publication dans le journal gouvernemental sur leur caractère provisoire, ainsi que sur leur mise hors de vigueur, et cela automatiquement, pour le cas où elles ne seraient pas adoptées par les Etats ».

8) Prusse (11). Constitution du 31 Janvier 1850, art. 63 :

« Si des mesures d'urgence doivent être prises, soit pour le maintien de la sécurité publique, soit à raison d'une calamité nationale imprévue, et si les Chambres ne sont pas réunies, des ordonnances ayant force de loi peuvent être

(11) DARESTE, op. c., tome I, p. 291.

rendues sous la responsabilité collective du ministère, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution. Seulement elles doivent être soumises à l'approbation des deux Chambres à leur prochaine réunion ».

**9) Reuss, branche cadette. Loi fondamentale d'Etat
du 14 Avril 1852, parag. 66 :**

« Le prince édicte également des ordonnances qui, d'après leur nature, devraient avoir l'assentiment de la représentation du peuple, mais qui sont réclamées d'urgence pour le bien de l'Etat et si leur but pouvait se trouver compromis par le retard, pourvu qu'elles ne changent ni la Constitution, ni la loi électorale ».

« Toutes les ordonnances ainsi édictées sont à soumettre au Landtag prochain pour qu'il prenne une décision à leur sujet ».

« Le refus de ratification de la part du Landtag n'a pas pour résultat de les invalider dans le passé ».

**10) Saxe-Cobourg-Gotha. Loi fondamentale d'Etat
du 3 Mai 1852, parag. 130 :**

« Seulement au cas où le maintien de la sécurité publique ou la circonscription d'un état de nécessité le demanderait, des ordonnances ayant force de loi pourront être édictées, pourvu qu'elles ne contreviennent pas à la Constitution, et sous la réserve expresse formulée à l'occasion de leur publication, qu'elles seront soumises à l'approbation ultérieure du Landtag respectif. En conséquence, elles sont à soumettre au Landtag lors de sa prochaine réunion, pour faire la preuve, et de l'urgence, et de l'opportunité ».

« A défaut d'approbation, l'ordonnance est immédiatement invalidée ».

11) Waldeck. Constitution du 17 Août 1852, parag. 7 :

« Dans des cas urgents et dont la solution ne peut être ajournée, des ordonnances ayant force de loi peuvent être édictées, les Etats n'étant pas réunis, et sous la responsabilité collective du ministère, pourvu qu'elles ne contiennent aucune modification de la Constitution, de la loi électorale, de la compétence des jurys, de l'objet de la loi du Par. 26 et de l'état des impôts. Le Landtag prochain est tenu de les approuver. A défaut d'approbation, elles doivent être suspendues immédiatement, ou bien être soumises encore une fois à l'approbation d'un nouveau Landtag, qui devra être réuni dans un délai de trois mois. Sur nouveau rejet, l'ordonnance en question se trouve invalidée ».

**12) Oldenbourg. Loi d'Etat fondamentale révisée
du 22 Novembre 1852, article 137 :**

« L'assentiment du Landtag n'est pas nécessaire :

« N° 2 : pour des ordonnances ayant valeur législative, qui sont réclamées d'urgence par les circonstances et qui ne sont pas susceptibles d'ajournement jusqu'au Landtag prochain, mais qui ne justifient pas non plus, vu leur importance, la convocation d'un Landtag exceptionnel, à condition toutefois de ne renfermer aucune modification de la loi fondamentale d'Etat. De telles ordonnances doivent être contre-signées par tous les membres du gouvernement de l'Etat ».

« Si l'urgence le permet, on doit d'abord consulter le *Landtagausschuss* permanent, ou au moins ceux de ses membres qui séjournent dans la province, où siège, habituellement, le gouvernement ».

« L'urgence et l'opportunité de pareilles ordonnances

doivent être démontrées au Landtag prochain. Elles sont à rapporter tout de suite si le Landtag se trouve à avoir des motifs pour leur refuser l'approbation. L'accusation pour violation de la loi fondamentale d'Etat n'est pas exclue par une certaine opinion conforme du Landtagausschuss, concernant l'ordonnance incriminée ».

**13) Schwarzbourg-Rudolstadt. Loi fondamentale
du 21 Mars 1854, parag. 25 :**

« Des lois peuvent être édictées sous la responsabilité des membres de l'autorité gouvernementale suprême, concernant les dispositions fondamentales du Duché ou la liberté personnelle, la sécurité et la propriété des sujets de l'Etat, mais seulement dans les cas de nécessité impérieuse et sans que le Landtag soit réuni ».

**14) Schwarzbourg-Sonderhausen. Loi fondamentale d'Etat
du 8 Juillet 1857, parag. 39 :**

« Le prince peut émettre des lois, même sans la collaboration préalable du Landtag, dans les cas où elles sont réclamées d'urgence par les circonstances et, par conséquent, ne sauraient attendre la réunion du Landtag ».

« Mais elles ne peuvent modifier les lois fondamentales de l'Etat et elles doivent être soumises au Landtag lors de sa réunion avec la justification des motifs en vertu desquels elles ont été édictées ».

« Si le Landtag refuse l'approbation des lois auxquelles s'appliquent les paragraphes 36, 37, dans un cas semblable elles sont à rapporter ou à soumettre à l'approbation d'un nouveau Landtag ».

**15) Anhalt. Ordre d'Etat (Landschafts ordnung)
de 1859, parag. 20**

« Si le bien public, la sécurité de notre principauté ou d'autres circonstances urgentes demandaient que Nous édictions des lois sans avoir entendu au préalable le Gesamt-Landtag, dans un cas pareil, Nous les soumettrions ultérieurement à son opinion (Par. 8) et à son assentiment (Par. 19) ».

**16) Reuss, branche aînée. Constitution du 28 Mars 1867
parag. 67, alinéa 2 :**

« Le duc édicte également des ordonnances qui, d'après leur nature, exigeraient l'assentiment des Etats, mais qui sont réclamées impérieusement pour le bien de l'Etat et si tout retard risquait de compromettre en tout ou en partie le but à elles assigné, pourvu toutefois que ces ordonnances ne changent pas la Constitution. Mais de tels actes doivent être soumis à l'opinion du Landtag dès sa réunion et, quant à l'existence de la nécessité, ceux des membres du gouvernement ducal qui ont voté pour l'émission des ordonnances, en répondent et, en conséquence, leur contreseing est nécessaire ».

17) Lippe. Loi du 8 Décembre 1867, parag. 3 :

« Sont édictées par le prince, sans l'assentiment préalable des Etats, des dispositions législatives exceptionnelles, qui, d'après leur nature, auraient besoin de l'assentiment de ces derniers, mais qui sont réclamées pour le maintien de l'ordre menacé sérieusement, si tout retard risquait de compromettre leur but, en tout ou en partie. Ces dispositions doivent être soumises à l'approbation ultérieure des Etats

lors de leur réunion prochaine et sur leur refus de les approuver, elles sont à rapporter ».

**19) Schaumbourg-Lippe. Loi constitutionnelle
du 17 Novembre 1868, article 31 :**

« Peuvent être édictées, en qualité de lois provisoires, des dispositions ayant force obligatoire même sans l'assentiment du Landtag s'il n'est pas réuni. Mais de telles lois exigent l'assentiment ultérieur du Landtag prochain ».

« Les dispositions de cette Constitution ne peuvent être abrogées par des dispositions contraires édictées par le gouvernement, même provisoirement ».

**19) Bavière. Code pénal de police du 26 Décembre 1871
article 9 :**

« En dehors des cas pour lesquels les lois prévoient l'application des règlements de police et des ordonnances, peuvent être édictées des prescriptions policières établissant une peine, seulement par ordonnance royale, et sous les conditions suivantes :

« 1) Que le Landtag ne soit pas réuni. »

« 2) Qu'une pareille prescription soit réclamée afin d'éviter un péril menaçant la sécurité de l'Etat, la santé ou l'avoir des sujets de l'Etat. »

« 3) Qu'aucune loi ne contienne une disposition applicable dans des cas pareils ou l'autorisation pour l'édicter. »

« 4) Que la transgression en soit punie uniquement par une amende allant jusqu'à... »

« De telles ordonnances doivent être soumises à l'assentiment du Landtag prochain et sont invalidées si cet assenti-

ment n'a pas été donné avant la clôture ou l'ajournement du Landtag ».

20) Paragraphe 8 de la loi impériale du 25 Juin 1873 concernant l'introduction de la Constitution de l'Empire allemand en Alsace-Lorraine :

« L'Empereur peut, même après l'introduction et jusqu'à réglementation prochaine, édicter des ordonnances ayant efficacité légale, mais seulement avec l'assentiment du *Bundesrath* et pendant que le *Reichstag* n'est pas réuni. Ces ordonnances ne peuvent prendre aucune disposition qui serait en contradiction avec la Constitution ou avec les lois de l'Empire valables en Alsace-Lorraine, ni concerner des affaires pour la réglementation desquelles l'assentiment du *Reichstag* serait nécessaire en vertu du Par. 3, alinéa 2 de la loi du 9 juin 1871 sur l'annexion de l'Alsace-Lorraine au Reich ».

« De telles ordonnances édictées en vertu de cette autorisation sont à soumettre à l'approbation du *Reichstag* lors de sa prochaine réunion. En cas de refus d'approbation, elles sont invalidées ».

Nous croyons devoir ajouter à ces textes les dispositions semblables du droit autrichien, à cause de l'étroite parenté qui existe dans cette matière, vu l'identité d'origine entre le droit des Etats allemands et celui de l'Autriche.

21) Autriche (12). Loi du 21 Décembre 1867 portant modification de la loi fondamentale d'Etat du 26 Février 1861, parag. 14 :

« Si les circonstances urgentes rendent nécessaire, dans l'intervalle des sessions, quelque mesure exigeant, suivant la

(12) DARESTE, op. c., tome I, p. 398.

Constitution, le concours du *Reichsrath*, il pourra y être pourvu, sous la responsabilité collective du ministère, par ordonnance de l'Empereur, à condition qu'il ne soit apporté ainsi aucune modification aux lois constitutionnelles, et qu'il n'en résulte nulle charge permanente du trésor public, ni une aliénation du domaine de l'Etat.

« Les ordonnances intervenues dans ces circonstances auront provisoirement force de loi, lorsqu'elles auront été signées collectivement par les ministres et publiées avec référence expresse à la présente disposition de la loi constitutionnelle. Elles cessent d'avoir force de loi si le gouvernement néglige de les présenter à l'approbation du *Reichsrath* dans la session qui suivra immédiatement leur promulgation et, au préalable, à celle de la Chambre des Députés dans les quatre semaines de sa convocation, ou si l'une des deux Chambres leur refuse son approbation. Le ministère est collectivement responsable du retrait de ces ordonnances dès qu'elles ont perdu la force de loi qui y était provisoirement attachée ».

3. — LES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE NÉCESSITÉ

Comme on peut se rendre compte à la lecture de ces divers textes législatifs, *constitutions*, *lois organiques* ou simplement *lois*, la terminologie qui concerne les mesures prises en habilitation de ce *Notverordnungsrecht*, n'est pas unitaire. Elles sont désignées soit seulement comme *ordonnances* (Saxe-Reuss), ou comme *ordonnances ayant provisoirement force de loi* (Autriche), ou comme *ordonnances ayant force de loi* (Waldeck, Prusse, Saxe-Cobourg-Gotha), ou enfin simplement comme *lois* (Braunschweig). Cette variété dans la ter-

minologie ne doit prêter à aucune confusion, car il s'agit toujours de la même notion, c'est-à-dire des ordonnances prises par le pouvoir exécutif, mais ayant et le contenu matériel d'une loi, et sa même force obligatoire. Sont ordonnances de nécessité toutes les ordonnances qui réglementent des matières qui sont de la compétence du pouvoir législatif (13), soit en vertu d'une délimitation positive (14), soit en raison de principes généraux.

Pour que l'exercice de ce droit de nécessité soit légal, les diverses Constitutions et les autres textes législatifs (mais ayant la même valeur que les Constitutions), ont prévu des conditions plus ou moins nombreuses, restreignant plus ou moins la latitude de l'exécutif, quant à l'émission de ces ordonnances.

Ces conditions peuvent être rangées en deux grandes classes : les *conditions matérielles* ou, pour mieux dire, les prémisses matérielles, et les *conditions formelles*, qui doivent être accomplies pour que l'ordonnance édictée soit en concordance avec les mandements de la loi. Mais nous préférons une autre division que nous estimons plus méthodique : les *conditions concomitantes* au moment de l'émission des ordonnances et les *conditions subséquentes* à ce moment. Seront, en conséquence, d'après le droit positif, des *conditions concomitantes* :

- a) l'existence d'un état de nécessité ;
- b) l'impossibilité de trouver des palliatifs dans le droit existant ;

(13) SELIGMANN : Der Begriff des Gesetzes, p. 199.

(14) Par exemple, la constitution de Braunschweig admet la réglementation par ordonnances de nécessité seulement pour les affaires intérieures, finances, recrutement, impôts — à contrario, les autres matières sont réservées au corps législatif.

c) le respect de la Constitution par l'ordonnance (15) de nécessité;

d) l'absence du Parlement;

e) l'assentiment des ministres;

f) la publication dans les journaux officiels.

Quant aux *conditions subséquentes*, elles se confondent avec la ratification et avec les effets de cette opération, aussi les traiterons-nous dans le paragraphe suivant (sur l'efficacité des ordonnances de nécessité).

Pour une meilleure analyse, nous prendrons les conditions ci-dessus une à une.

a) Existence d'un état de nécessité.

Dans la plupart des textes, on parle d'un état de *nécessité impérieuse, urgente*, en ce sens qu'on doit parer au danger résultant de l'état de crise, du *Notstand*, sans aucun retard.

Les *cas de nécessité* les *plus généraux* seront :

a) ceux provoqués par des *événements de force majeure*, tels que les inondations et les épidémies;

b) les *événements d'ordre politique* susceptibles de troubler la tranquillité et la sécurité des citoyens; il faut entendre ici les événements politiques *internes*;

c) les *événements politiques d'ordre externe*, surtout le *casus belli*.

Dans ces cas, l'état de nécessité existera pour l'ensemble du pays, même si le péril n'en menace qu'une partie.

Une question qui a suscité beaucoup de controverses était celle de savoir si, pour la réalisation des buts de l'Etat susceptibles d'être compromis par un retard, buts qui demandent très souvent des moyens financiers, si on se trouvait

(15) Ou même d'autres lois, si on le détermine d'une manière expresse.

dans une situation voisine de l'état de nécessité quand ces moyens viendraient à manquer et si, en conséquence, on pouvait user d'ordonnances de nécessité afin d'assurer leur recouvrement. L'accord s'est établi dans le sens de l'affirmative à condition que les Constitutions ne contiennent aucune prohibition dans ce sens.

Une autre question, non moins débattue, était celle de savoir si des dispositions faisant partie d'un traité international pouvaient faire l'objet d'ordonnances de nécessité, donc s'il existait un état de nécessité engendré de ce chef. La solution affirmative a été défendue par RÖNNE, SCHWARTZ, ARNDT, etc. D'ailleurs, il existe un précédent en Autriche : un traité international fut publié par ordonnance de nécessité (ordonnance impériale du 22 mai 1899).

De quel ordre de grandeur doit être le péril qui menace l'Etat et ses sujets? D'après les auteurs allemands et aux termes de la loi positive il faut que ce péril soit *considérable*, c'est-à-dire qu'on soit menacé de très grands dommages (*aussergewöhnlicher Schaden*). Ensuite le péril doit être *actuel* ou, s'il est passé, on doit se prémunir contre ses effets préjudiciables (16). Mais quelques-uns des Etats admettent même que le seul fait de perdre un bénéfice constitue un péril, comme condition légitime pour l'exercice du droit de nécessité (17) (18).

Enfin, l'existence de l'*urgence* pour prendre une ordonnance de nécessité sera plausible, au cas où le Parlement, s'il

(16) « Prohibition oder Abwehrsystem », voir STHAMER, op. c., p. 15.

(17) Utilitäts oder Nützlichkeitsystem », ibid.

(18) Quelques-uns des Etats qui l'appliquent : Braunschweig, Saxe, Weimar, Eisenach, Saxe, Bade, Lippe, Schwarzbourg, Rudolstadt, Anhalt, e. t. c.

était réuni, aurait sans retard voté une loi pour parer à la situation imprévue.

a) *Impossibilité de trouver des palliatifs dans le droit existant.*

Cette condition doit s'entendre en ce sens que nulle disposition légale ou même réglementaire n'est capable de parer utilement au danger qui découle de l'état de nécessité.

b) *Le respect de la Constitution par l'ordonnance de nécessité.*

C'est plutôt une condition d'ordre négatif, c'est-à-dire que nulle ordonnance ne doit être contraire ni au texte, ni même à l'esprit de la Constitution. Mais la prohibition envisage parfois même les lois ordinaires (19). Cette prohibition, pour qu'elle soit opérante, doit être expresse: « *lege non distinguente* », il paraît qu'on doit soutenir le contraire (20), à savoir que la Constitution peut très bien être modifiée par cette voie; cela serait d'ailleurs dans l'esprit et dans la pratique du monarchisme allemand. Cette solution doit être estimée comme certaine pour les Etats régis par des Constitutions octroyées.

Au contraire, pour des Etats qui demandent le respect de la Constitution, ce respect ne doit pas se limiter à sa lettre, mais envisager encore son esprit qui imprime son sceau à la structure du droit dans son acception universelle. Le principe est bien illustré par *Gneist* (21): « Les ordonnances de nécessité peuvent entrer en collision avec des lois d'ordre secondaire, mais non avec des lois de premier rang... » (22).

(19) Voir plus haut.

(20) pro ARNDT, « *Lege non distinguente, nec nostrum est distinguere* », contra GLATZER, WIELANDT, MESSERSCHMIDT, e. t. c.

(21) Chez GLATZER, op. c., p. 30.

(22) Dans ce sens, RONNE, GERBER, UHLRICH,

D'ailleurs, et c'est un principe certain, les ordonnances de nécessité des Etats particuliers, ne peuvent toucher à des matières réglementées déjà par des lois fédérales (23). Un exemple de prohibition de toucher à ces matières réservées « *expressis verbis* » à la réglementation par lois, se trouve dans les articles 94, 95, de la Constitution de la Prusse.

c) *Absence du Parlement.*

Cette prémisse résulte, soit d'une disposition expresse de la loi, soit indirectement du fait qu'on demande, pour que les ordonnances soient régulièrement émises, leur soumission ultérieure à la prochaine réunion du Parlement. Il y a encore des Etats qui ne renferment aucune de ces deux conditions (24). En conséquence, seront légitimes les ordonnances du pouvoir exécutif, même prises pendant la session parlementaire. Une autre conséquence découlant de cette hypothèse, c'est le caractère inopérant d'une défense ou de l'opposition du Parlement à l'émission d'une pareille ordonnance.

L'absence du Parlement doit être prise dans une acception d'absence normale — les Chambres ne doivent pas se trouver réunies en session régulière. Ce serait agir *in fraudem legis* que d'ajourner le Parlement précisément pour pouvoir prendre par ce moyen commode des mesures qu'il pourrait refuser. Serait légitime, au contraire, l'émission des ordonnances de nécessité en cas d'obstruction de la part du Parlement, faite aux projets du gouvernement, sous réserve que les autres conditions requises se trouvent remplies. C'est une conséquence vraiment exorbitante, même dans cette matière, mais qu'on veut justifier par le fait que, dans un

(23) Paragraphe 8 de la loi impériale du 25 juin 1873 (concernant l'Alsace-Lorraine).

(24) Bade, Wurtemberg, Hesse, Saxe-Altenbourg.

tel cas, on ne viole la Constitution que d'une manière formelle, tandis que l'ordonnance veut assurer précisément le but, la raison d'être de cette institution du *Notverordnungsrecht*, telle qu'elle est prévue par la loi fondamentale.

d) *Assentiment des ministres.*

Cette condition est imposée par l'irresponsabilité absolue du monarque. Les diverses Constitutions prévoient le contreseing ministériel d'une manière variable. Tantôt on demande le contreseing du cabinet entier, tantôt on se contente du contreseing pur et simple (25) de ceux de ses membres qui ont été présents à l'émission de l'ordonnance. Pour le premier cas, les ministres qui ne seraient pas d'accord pourraient se décharger de toute responsabilité en donnant leur démission et, dans le deuxième cas, même ceux des ministres qui n'ont pas signé, assument néanmoins la responsabilité du cabinet entier.

Mais *quid*, s'il se trouvait toujours un ministre qui refuserait de contresigner une pareille ordonnance, quand le contreseing de tous les ministres est prévu comme condition de validité? Est-ce que le mécanisme de l'institution serait arrêté?

Quelques voix isolées que nous passerons sous silence, tant sont absurdes leurs conclusions, ont prévu le droit de coercition *physique* pour contraindre le ministre récalcitrant à apposer son contreseing sur une telle ordonnance.

Donc, il paraît qu'en cas de refus suivi, le mécanisme ne pourrait plus jouer.

Dans le silence de la loi, il est nécessaire qu'un des ministres au moins contresigne l'ordonnance, car il n'est pas

(25) Voir plus haut

à présumer qu'on pourrait émettre des ordonnances avec le contenu matériel d'une loi, ordonnances qui peuvent tout changer, sans qu'on assume une responsabilité, si minime et théorique qu'elle fût.

Car il s'agit bien d'une responsabilité théorique et platonique, les constitutions allemandes n'admettant que la responsabilité pénale des ministres (26) pour « violation de la Constitution, corruption et trahison » et point une responsabilité politique. Or, il est facile d'imaginer comment, dans un Etat de structure monarchique et avec des pratiques quasi-absolutistes, cette responsabilité pénale aurait pu jouer, responsabilité qui finalement n'aurait touché que le préposé du monarque, mais tout de même aurait porté un rude coup à la majesté monarchique. C'est une hypothèse qu'on se refuse à imaginer surtout dans le Reich d'avant-guerre.

e) *Publication dans les journaux officiels.*

Il n'est pas nécessaire de qualifier ces ordonnances, lors de leur publication, d'ordonnances de nécessité, excepté dans des pays comme l'Autriche et la Saxe-Weimar, où les ordonnances sont inopérantes, si on ne les indique pas comme telles et si on ne se réfère pas aux dispositions qui les autorisent (seulement pour l'Autriche). Mais la plupart du temps, les ordonnances de nécessité ne se distinguent pas extérieurement des autres ordonnances édictées par le pouvoir exécutif. La forme technique de leur publication une fois satisfaite, il n'y a rien qui les différencie des autres, sauf leur contenu matériel. Mais la justice allemande (et ici réside la conséquence capitale de ce fait) n'est nullement autorisée à

(26) Voir BARTHÉLEMY : Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine. *Revue de droit public*, 1905, et STHAMER, op. c., p. 29.

examiner la validité juridique (*Rechtsgültigkeit*) des lois et des ordonnances, après qu'elles ont été régulièrement publiées (article 106 de la constitution de la Prusse et d'après une importante partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions). Le contrôle de la justice sur ces ordonnances est donc exclu de deux chefs : d'abord en vertu de leur caractère législatif (assimilées aux lois, leur examen échoit en conséquence uniquement aux assemblées) et ensuite en raison du principe, que la validité juridique, même de simples ordonnances, ne peut être déduite en justice. Ce que devra constater celle-ci, sera l'accomplissement des conditions formelles de validité : publication dans les journaux officiels, signature du monarque et contreseing d'un ministre au moins (27).

4. — L'EFFICACITÉ DE CE DROIT

Les ordonnances de nécessité ont la même efficacité que les lois ordinaires (28). Tout ce qui fait l'objet d'une loi régulière, pourra faire également l'objet d'une pareille ordonnance. Par sa publication, l'ordonnance acquiert force et qualité de loi, en conséquence, elle ne pourra pas être rapportée par le gouvernement avant d'avoir été soumise au Parlement, car cela reviendrait à déssaisir celui-ci du droit de contrôle qu'il a sur elles. Mais la suspension d'une ordonnance de nécessité par une autre ordonnance ayant la même qualité serait tout à fait dans l'esprit de l'institution.

Le seul droit de contrôle que l'exécutif fait de ces prérogatives appartient aux Chambres. Le contrôle n'existait pas

(27) Par exemple : Constitution de Braunschweig, par. 100.

(28) Cela est dit expressément dans les constitutions de Waldeck, Prusse, Saxe-Cobourg-Gotha, Autriche,

à l'origine (29) dans les premières constitutions et, à en croire les auteurs allemands, cette précaution fut prise à la suite de l'expérience faite par la France avec les célèbres ordonnances de juillet. Quoi qu'il en soit, ce contrôle *a posteriori* est prévu par les Constitutions plus récentes des Etats allemands. Le gouvernement est obligé de soumettre ses ordonnances aux Chambres, dès leur réunion (30).

L'examen du Parlement portera sur deux objets : sur la *légalité* et sur l'*opportunité* des ordonnances. La *légalité* sera déterminée par la conformité de ces ordonnances avec les lois d'habilitation et spécialement par l'existence de l'urgence requise pour l'exercice du droit d'émettre des ordonnances de nécessité. L'examen concernant l'existence de cette condition pourra être particulièrement laborieux, car il s'agit d'une appréciation, la plupart du temps, d'ordre subjectif. C'est une question d'équilibre entre gouvernement et Parlement, car, finalement, même dans l'Allemagne monarchique, le Parlement aboutissait parfois à devenir une réalité (31). D'ailleurs, même si une des conditions prévues pour l'exercice de ce droit par le texte d'habilitation vient à manquer, l'annulation de l'ordonnance est à prononcer entièrement. Quant à l'examen de l'*opportunité*, à l'encontre de ce qu'on serait tenté de croire, il ne porte que sur l'avenir, en ce sens que, pour le passé, il n'est d'aucune importance, dès qu'on a reconnu la régularité et la conformité constitutionnelle de l'ordonnance. Il ne s'agit nullement de convertir pour le passé l'ordonnance en loi. Cela serait tout à fait inutile, car

(29) Constitutions de Bade, Wurtemberg, Saxe-Altenbourg, e. t. c.

(30) En Autriche, la soumission devait se faire dans un délai de quatre semaines à partir de la réunion des Chambres.

(31) Les conflits de Bismarck avec le *Landtag* de la Prusse, en 1862 et dans les années suivantes, en sont la preuve.

elle n'aurait pas une force accrue, même étant convertie rétroactivement en loi. Les effets de droit en seraient les mêmes. Mais il s'agit d'examiner si on doit conserver pour l'avenir les normes contenues dans une ordonnance de nécessité. Donc, la soi-disant ratification, qu'on ferait mieux d'appeler l'appropriation parlementaire, aura la vertu de convertir en loi une ordonnance à laquelle on reconnaît l'opportunité même actuelle. Toutefois, la sanction princière n'est plus nécessaire, car elle est censée avoir été donnée à l'avance, lors de l'émission de l'ordonnance.

Le rejet du Parlement ne peut avoir d'effet que dans l'avenir, mais, même pour cela, point automatiquement (32), mais seulement à la diligence du gouvernement, dans certains Etats. Mais dans la plupart des Etats, le rejet a effet « *ipso facto* » (33). Dans le silence de la loi, la même solution s'impose également pour les autres Etats (34).

Comme conclusion, le rejet pour le passé ne peut avoir d'autre conséquence que la mise en accusation du ministère. Or, on sait quelle signification elle a, et on sait le caractère illusoire de toute responsabilité du gouvernement en Allemagne.

(32) Dans ce sens, Waldeck, Oldenbourg.

(33) Braunschweig, Saxe-Weimar, Autriche, Bavière, e. t. c.

(34) Saxe, Anhalt, e. t. c. ; voir toutefois la théorie du *contrarius actus*, STHAMER, op. c., p. 34 et v. RATH, op. c., p. 51 suiv.

SECTION III

APPLICATION PRATIQUE DES PRINCIPES AU COURS DE LA GUERRE DE 1914-1918

Bien que les Etats particuliers du *Reich* aient eu une législation de crise, néanmoins la Constitution fédérale du 16 avril 1877 ne connaît pas cette institution. Mais cette même Constitution, dans son article 68, autorise l'Empereur à décréter l'état de siège dans tout ou partie de l'Etat. Jusqu'à la confection d'une loi spéciale (qui n'a pas été faite par la suite), la loi de la Prusse du 4 juin 1851 concernant l'état de siège s'appliquera toujours. En vertu de cette loi, l'Empereur, en cas de guerre, acquiert des pouvoirs dictatoriaux, en pouvant modifier les lois en vigueur conformément aux dispositions de cette loi (1).

Mais ces dispositions ont été jugées insuffisantes pour parer à toutes les situations imprévues que pourrait engendrer une guerre de l'importance de celle de 1914. En conséquence, on a estimé nécessaire de renforcer davantage les pouvoirs de l'exécutif. Cela a été fait par la loi des pleins pouvoirs du 4 août 1914. En habilitation de cette loi, le *Bundesrath* est autorisé à prendre, au cours de la guerre, toutes dispositions légales qui pourraient remédier à la situation économique, laquelle s'annonçait précaire. Pour l'intérêt qu'il présente, nous reproduisons le texte de cette loi (2) :

« Nous, Guillaume, par la grâce de Dieu, Empereur d'Allemagne, Roi de Prusse, etc., Ordonnons au nom du

(1) LABAND, *op. c.*, p. 386.

(2) RGBL, 327.

Reich, après assentiment du *Reichstag*, et du *Bundesrath*, ce qui suit :

« ...Paragraphe 3. Le *Bundesrath* est autorisé à édicter au cours de la guerre des dispositions légales qui seront nécessaires pour remédier aux conditions économiques préjudiciables.

« Ces dispositions sont à porter à la connaissance du *Reichstag*, dès sa première réunion, et sont à rapporter sur sa demande. »

Comme on peut s'en rendre compte à la lecture de ce texte laconique, c'est une véritable loi des pleins pouvoirs (3), limitée seulement dans le temps et dans l'objet. Mais cette limitation dans l'objet est si vague et se prête à de telles extensions, qu'il serait téméraire de parler d'une limitation. Ce qui advint par la suite, en est la preuve éclatante, car, en vertu de cette loi, une grande partie du droit allemand s'est trouvée modifiée.

Mais ces pleins pouvoirs ne sont pas exercés par l'Empereur en personne, ils le sont par le Conseil fédéral (*Bundesrath*). Quoi qu'il en soit, on reste toujours dans la ligne ancienne d'organisation politique. Car, finalement, qu'est-ce que le *Bundesrath*, sinon un organe minoritaire et nullement électif?

Pour mieux illustrer l'application pratique qu'on a faite de ce fameux article 3, nous reproduisons les titres de quelques ordonnances prises au cours de la guerre (4), et même de celles prises avant que les hostilités aient éclaté. Ces

(3) Sur le fondement juridique de la délégation du pouvoir législatif en Allemagne, même en faisant abstraction du *jus eminens*, voir CARRÉ DE MALBERG, op. c. I, p. 587.

(4) Extraites de la collection « Die Kriegsnotgesetze », 31 juillet 1914-mars 1916, Berlin, Carl Heymanns.

ordonnances du 31 juillet sont particulièrement à retenir, car elles jettent une vive lumière sur les préoccupations des facteurs décisifs du *Reich*, à ce moment.

a) *Ordonnances impériales.*

Ordonnance concernant l'introduction temporaire du passeport obligatoire. 31 juillet 1914.

Ordonnance prohibant l'exportation des animaux et des produits dérivés. 31 juillet 1914.

Ordonnance prohibant l'exportation des fourrages. 31 juillet 1914.

Ordonnance prohibant l'exportation des voitures avec traction mécanique (automobiles, motocyclettes, et accessoires) et des huiles minérales, etc. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant la prohibition d'exportation et de transit des armes, munitions et matières explosibles, ainsi que d'autres articles nécessaires à la poursuite de la guerre, et d'articles nécessaires à la fabrication d'objets de guerre. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant la prohibition d'exportation et de transit des matériaux ferroviaires de toutes sortes, d'objets télégraphiques et accessoires, d'avions, etc. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant la prohibition d'exportation et de transit des matières premières nécessaires à la fabrication des objets utilisables en cas de guerre. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant la prohibition d'exportation et de transit des articles médicaux. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant la prohibition d'exportation et d'importation de pigeons voyageurs. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant l'utilisation des pigeons comme moyen de communication des informations. 31 juillet 1914.

Ordonnance concernant le paiement immédiat des impôts

restants. 1^{er} août 1914. (Cette ordonnance débute par les mots significatifs : « En vertu des compétences qui m'appartiennent en cas de guerre, j'ordonne... »)

b) Ordonnances (*Bekantmachungen*) (5) rendues par le *Bundesrath* en vertu de l'article 3 de la loi du 4 août 1914.

Ordonnance portant prolongation des délais en matière de lettres de change. 6 août 1914.

Ordonnance concernant le moratoire judiciaire. 7 août 1914.

Ordonnance concernant le recouvrement des prestations des personnes domiciliées à l'étranger. 7 août 1914.

Ordonnance portant établissement d'un contrôle à appliquer aux commerçants pour éviter la procédure de faillite. 8 août 1914.

Ordonnance sur la suspension temporaire de quelques dispositions du Code commercial. 8 août 1914.

Ordonnance sur l'échéance des traites émises à l'étranger. 10 août 1914.

Ordonnance concernant les traites étrangères. 12 août 1914.

Ordonnance portant sur les prétentions envers la Caisse de guerre, résultant des réquisitions des chevaux, voitures, etc. 12 août 1914.

Ordonnance sur les effets du retard dans l'accomplissement d'une prestation pécuniaire. 18 août 1914.

Ordonnance portant sur la réquisition des provisions. 24 août 1914.

Ordonnance portant sur les indemnités dues à raison des réquisitions de chevaux, etc. 24 août 1914.

(5) Littéralement *notifications*.

Ordonnance accordant un nouveau prolongement des délais en matière des lettres de change. 29 août 1914.

Ordonnance concernant la fixation des salaires locaux. 4 septembre 1914.

Ordonnance portant sur le contrôle des établissements étrangers. 4 septembre 1914.

Ordonnance portant sur l'abattement prématuré du bétail. 11 septembre 1914.

Ordonnance portant prolongement des délais en matière de lettres de change, concernant l'Alsace-Lorraine et la Prusse orientale. 24 septembre 1914.

Ordonnance portant interdiction de paiements en Angleterre. 30 septembre 1914.

Ordonnance concernant les dédommagements pour incendies dans la province de la Prusse orientale, etc. 13 octobre 1914.

Ordonnance portant sur le traitement à appliquer aux marchandises ennemies passibles de droits de douane. 15 octobre 1914.

Ordonnance concernant la réglementation des distilleries d'eaux-de-vie pour l'année 1914-15. 15 octobre 1914.

Ordonnance concernant la défense des paiements pour la France. 20 octobre 1914.

Ordonnance portant extension de la loi du 6 avril 1914 sur la protection des personnes empêchées par la guerre d'exercer leurs droits, aux participants de la guerre originaires de l'Autriche-Hongrie. 22 octobre 1914.

Ordonnance fixant un maximum des prix du blé, etc. 28 octobre 1914.

Ordonnances concernant le commerce des boulangeries. 28 octobre 1914.

Ordonnance concernant les droits privés des associations ayant pour but l'amélioration du sol. 28 octobre 1914.

Ordonnance sur l'établissement des statistiques concernant les provisions de blé, etc. 29 octobre 1914.

Ordonnance concernant le commerce du sucre, etc. 31 octobre 1914.

Ordonnance portant interdiction des paiements pour la Russie. 19 novembre 1914.

Ordonnance sur la modification temporaire de la loi sur les vins. 26 novembre 1914.

Ordonnance concernant l'administration forcée (d'office) des établissements français. 26 novembre 1914.

Ordonnance sur l'assistance des épouses de soldats en cas d'accouchement, etc. 3 décembre 1914.

Ordonnance concernant les offices d'arbitrage. 15 décembre 1914.

Ordonnance portant sur la modification de la loi du 4 août concernant les prix maxima, etc. 1^{er} décembre 1914.

Ordonnance concernant les prescriptions. 22 décembre 1914.

Ordonnance sur les délais de paiement des dettes hypothécaires et immobilières. 22 décembre 1914.

Ordonnance concernant l'administration forcée des établissements anglais. 22 décembre 1914.

Ordonnance concernant la représentation en procès civils des participants à la guerre. 4 janvier 1915.

Ordonnance concernant l'importation et le transit des produits ennemis. 12 février 1915.

Ordonnance portant interdiction de publier les cours des valeurs, etc. 25 février 1915.

Ordonnance concernant le bilan des sociétés par actions,

etc., qui ont des biens à l'étranger ou dans les protectorats.
25 février 1915.

Ordonnance concernant l'utilisation des prisonniers de guerre. 4 mars 1915.

Ordonnance concernant l'abaissement temporaire des tarifs douaniers. 8 mars 1915.

Ordonnance concernant la culture des terres. 31 mars 1915.

Ordonnance concernant le fonctionnement des établissements de la grande industrie. 26 octobre 1915.

Ordonnance concernant la confiscation des navires de commerce n'appartenant pas aux sujets du *Reich*. 21 octobre 1915, etc, etc...

Ces ordonnances n'ont été données qu'à titre d'exemples (6). L'activité du *Bundesrath* ou de ses sous-délégués (Chancelier d'Empire, Vice-Chancelier, divers Offices, etc.) fut extrêmement féconde au cours de la guerre. Il ne faut pas oublier non plus les ordonnances de nécessité que chaque monarque édictait dans son Etat. En donner la liste serait une tâche très laborieuse.

D'ailleurs la législation de circonstance, de la part des organes législatifs du *Reich*, fut également très riche. En somme, on peut dire que le droit de l'Allemagne au cours de la guerre a eu trois sources : le *monarque*, le *Conseil fédéral* et ses *sous-délégués*, et le *Parlement*.

Et, cependant, si l'Allemagne a perdu néanmoins la guerre, la faute n'en est pas à cette législation de circonstance, si prolixe et si vaste.

(6) On trouvera l'exposé détaillé de toutes les lois de circonstance, ordonnances, etc... concernant la législation économique de l'Allemagne dans l'ouvrage très solidement documenté de M. TH. REINACH : *La législation économique allemande pendant la guerre actuelle*, 3 vol. Paris, 1916-1917-1918.

SECTION IV

LE NOTVERORDNUNGSRECHT DES ETATS QUI ONT ADOPTE LE SYSTEME ALLEMAND

1. — AUTRICHE

Il faut placer d'abord l'Autriche dans cette catégorie. A proprement parler, l'Autriche n'a pas adopté le droit de nécessité allemand, car, à l'instar des Etats allemands, le monarque y était revêtu de la compétence découlant du « *jus eminens* ». Mais la formule définitive de ce principe juridique est beaucoup plus récente que celle des Etats allemands. C'est bien la cause de la précision et de l'extension du texte autrichien dans cette matière (1), texte qui a mis à profit, tant les suggestions venant de la doctrine, que les débats parlementaires sur cette question (2). C'est ce qu'exprime JELLINEK (3) : « L'institution du droit de nécessité a reçu son plus grand développement législatif dans le droit autrichien. Néanmoins, même en Autriche, il n'a pas été sans susciter des controverses ».

Quant à ses précédents d'ordre législatif, ils doivent être cherchés d'abord dans la « Constitution de mars » de l'année 1849, car la Constitution de 1848 ne renferme aucune trace de cette institution. C'est dans le paragraphe 87 de la Constitution précitée, qu'il apparaît pour la première fois, pour être repris dans le paragraphe 13 de la loi fondamentale

(1) V. la section II du présent chapitre, loi du 21 décembre 1867, portant modification de la loi fondamentale d'Etat du 26 février 1861, paragraphe 14.

(2) JULIUS WREDE : Das Notverordnungsrecht nach preussischem und österreichischem Staatsrecht, In. Diss., Leipzig, 1908, p. 3.

(3) Gesetz und Verordnung, page 377.

de l'an 1861. Mais c'est un droit de nécessité extrêmement compréhensif, aux termes de ce paragraphe 13 : « Si des mesures urgentes de la compétence du *Reichsrath* doivent être prises dans une époque où il n'est pas réuni, le ministère aura l'obligation de lui donner communication ultérieure à la session prochaine, et des motifs, et des résultats de ces mesures ». Comme on le voit, il ne s'agit ni du caractère provisoire de ces mesures, ni de la ratification parlementaire, comme condition de validité. Si l'on compare ce texte au paragraphe 14 de la loi du 21 décembre 1867, on se rend compte de l'évolution de l'institution vers une restriction plus nette de la latitude exécutive.

Quant aux traits particuliers de ce droit en Autriche, nous remarquons d'abord la garantie plus efficace, au moins théorique, quant à la sanction concernant les malversations dans l'exercice de ce droit. En effet, la responsabilité ministérielle est assujettie à des normes précises, en vertu du paragraphe 2 de la loi du 25 juin 1867, qui porte que les membres du ministère peuvent encourir la responsabilité devant le *Reichsrath*, pour toutes actions ou omissions découlant de l'exercice de leur fonction. En ce qui concerne l'objet des ordonnances de nécessité, toutes dispositions pour lesquelles est requis l'assentiment du Parlement peuvent y figurer.

Mais ne pourront en faire l'objet, ni les dispositions contraires à la Constitution, ni celles qui, d'une façon permanente, aggravent les charges du trésor public, ni celles qui en constituent une aliénation du domaine étatique. En ce qui concerne l'application de la loi du budget par ordonnance de nécessité, on répond affirmativement, car la prévision des dépenses et des recettes ne renferme aucune charge perma-

nente des finances de l'Etat. Quant à la forme extérieure de ces ordonnances, ce sera celle des ordonnances impériales et mention expresse devra être faite du texte qui autorise leur émission.

Le paragraphe 14 prévoit la soumission de ces ordonnances à la ratification parlementaire dans un délai de quatre semaines. *Quid*, si le Parlement omet de statuer à son égard ? L'ordonnance conserve sans doute son efficacité si elle n'a pas été rejetée expressément. Mais une fois rejetée, elle cessera d'avoir effet « ex nunc » et « ipso facto ». Quant à l'examen des autres conditions de validité, il sera identique à celui étudié en droit allemand.

L'Autriche-Hongrie s'est également enrichie d'un volumineux droit de circonstance à la suite de l'article 14 de la loi du 21 décembre 1867. Pour illustrer la teneur de ces ordonnances, nous en reproduisons une, celle du 16 octobre 1914 *concernant les mesures de représailles à prendre dans le domaine juridique et économique à l'occasion des événements de guerre* :

« Aux termes du paragraphe 14 de la loi fondamentale de l'Etat du 21 décembre 1867, Bulletin des Lois N° 141, il m'a plu d'ordonner ce qui suit (4) :

« Paragraphe 1 : En vertu du droit de représailles, le gouvernement est autorisé à prendre tous arrêtés ou dispositions de nature juridique et économique relativement au traitement à appliquer aux étrangers ou entreprises étrangères et à prendre des mesures propres à empêcher d'effectuer directement ou indirectement des paiements en pays ennemis.

« Paragraphe 2 : Quiconque contreviendra volontaire-

(4) C'est une ordonnance impériale.

ment aux prescriptions édictées en vertu du paragraphe 1 sera puni d'une peine d'un mois à un an d'arrêt de séjour. La peine de détention pourra être augmentée d'une amende allant jusqu'à cinquante mille couronnes, qui sera versée à la caisse du trésor.

« Paragraphe 3: L'ordonnance impériale entrera en vigueur le jour de sa publication. »

2. — RUSSIE, JAPON ET EMPIRE OTTOMAN

Les dispositions similaires des principaux Etats qui ont adapté leur droit à une légalité de crise, sont celles de la Russie (loi fondamentale d'Etat du 26 avril 1900, article 87), du Japon (Constitution du 11 février 1889, article 8), et de l'Empire ottoman (Constitution du 22 décembre 1876, article 36). Nous reproduirons les textes de chacune de ces législations.

Russie

« Si, pendant l'interruption de la session de la Douma, des événements imprévus réclamaient une mesure qui devait être prise par la voie légale, dans ce cas, communication doit être donnée à l'Empereur par le Conseil des ministres. Cette mesure ne pourra changer, ni les lois fondamentales de l'Etat, ni le statut du Conseil impérial ou de la Douma, ni la loi pour l'élection du Conseil impérial ou de la Douma. Une pareille mesure perd sa valeur si le ministre ou chef compétent ne soumet à la Douma réunie de nouveau, un projet de loi correspondant à la mesure prise, ou si le Conseil impérial ou la Douma ne l'acceptent. »

Japon

« En cas de nécessité urgente, pour maintenir l'ordre public ou éviter une calamité publique, pendant les intervalles des sessions du Parlement, l'Empereur rend des ordonnances impériales qui ont force de loi. Ces ordonnances doivent être soumises au Parlement impérial à sa première session et, s'il ne les approuve pas, le gouvernement doit les déclarer caduques pour l'avenir (5). »

Empire Ottoman

« En cas de nécessité urgente, si l'Assemblée générale n'est pas réunie et s'il n'est pas possible de convoquer la Chambre, pour le vote d'une loi destinée à prémunir l'Etat contre un danger ou à sauvegarder la sécurité publique, le ministère peut prendre des dispositions qui ont force de loi provisoire jusqu'à la convocation du Parlement si toutefois elles ne sont pas contraires aux prescriptions de la Constitution, à la condition qu'elles soient sanctionnées par *iradé impérial* et soumises à l'Assemblée générale dès que celle-ci est réunie (6). »

(5) DARESTE, op. c. II, p. 688.

(6) DARESTE, op. c. II, p. 329.

CHAPITRE V

Le pouvoir exécutif au cours de la guerre en Angleterre et en Italie

SECTION I

L'EXTENSION DES ATTRIBUTIONS DU POUVOIR EXECUTIF EN ANGLETERRE

Pour mieux comprendre les développements qui suivront, il est utile de dégager certains traits du parlementarisme anglais. A l'encontre de l'Allemagne, le Parlement de l'Angleterre est tout puissant, à tel point, qu'un des plus célèbres théoriciens du droit public anglais, BLACKSTONE (1), a pu écrire : « Le pouvoir et la juridiction du Parlement, dit Sir Edward Coke, sont si transcendants et si absolus, qu'ils ne peuvent être restreints par aucune limite en ce qui concerne les personnes ou les choses ». Et il ajoute qu'on peut dire avec raison de cette Haute Assemblée : « *Si antiquitatem species, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima, si jurisdictionem, est capacissima* ». Elle a une autorité souveraine et sans contrôle pour la confection des lois, leur confirmation, leur extension, leur restriction, leur abrogation, leur renouvellement en toutes matières, ecclésiastiques et temporelles, civiles, militaires, maritimes ou criminelles : la Cons-

(1) BLACKSTONE : Commentaires, I, p. 160-161.

titution de ce Royaume l'investit du pouvoir despotique absolu qui, dans tous les gouvernements, doit résider quelque part... Le Parlement peut changer et même refaire la Constitution du Royaume et des Parlements eux-mêmes, comme cela fut fait par l'*Act-d'union* et par les divers *statuts* relatifs aux élections triennales et septennales. En résumé, il peut faire tout ce qui n'est pas matériellement impossible; c'est pourquoi certains n'ont pas hésité à qualifier son pouvoir par une figure peut être trop hardie : l'omnipotence du Parlement... » Ce qui a fait dire à DE LOLME (2) avec un sarcasme mordant que « c'est un principe fondamental pour les jurisconsultes anglais que le Parlement peut tout faire, sauf changer une femme en homme et un homme en femme... » Et ce qui a fait dire également à TOCQUEVILLE (3), qu'en « Angleterre on reconnaît au Parlement le droit de modifier la Constitution. En Angleterre, la Constitution peut donc changer sans cesse, ou, plutôt, elle n'existe point. Le Parlement, en même temps qu'il est Corps législatif, est Corps constituant ».

En conséquence, la souveraineté du Parlement anglais ne peut faire aucun doute. Il a le droit de légiférer dans n'importe quelle matière; aussi pourrait-il changer, sans que la légitimité de son procédé soit susceptible d'être attaqué, l'ordre légal de la succession dans la famille royale, ou exproprier toutes les propriétés sans indemnités... « Aucune des prétendues limitations qui seraient imposées par la loi à l'autorité absolue du Parlement n'a d'existence réelle; aucune n'est confirmée soit par le *statute-book*, soit par la pratique

(2) Cité par DICEY. Introduction à l'étude du droit constitutionnel, p. 210.

(3) TOCQUEVILLE : œuvres complètes, I, p. 166-167.

des tribunaux » (4). Le Parlement, en raison de son caractère constituant permanent, peut modifier à tout moment les règles juridiques censées d'ordre constitutionnel. En conséquence, d'après l'expression de BRYCE, la Constitution de l'Angleterre est une Constitution *flexible*, à l'encontre du caractère *rigide* de celle de la France ou des Etats-Unis. En résumé, les caractéristiques de la souveraineté parlementaire en Angleterre, sont (5) :

- a) Pouvoir du Corps législatif de modifier librement toute loi constitutionnelle, de la même façon que les lois ordinaires ;
- b) Absence de toute distinction légale opérante entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires ;
- c) Absence de toute autorité judiciaire ou autre ayant le droit d'annuler un Act du Parlement.

En application de ces données, rien ne s'oppose à un éventuel procédé du Parlement consistant dans le fait qu'il déterminerait d'une manière nouvelle la répartition des compétences dans l'Etat. Aucune règle immuable n'a opéré cette répartition une fois pour toutes entre les divers Corps constitués de l'Etat. Donc, le Parlement peut se dessaisir lui-même de quelques-unes de ses attributions ; il est inutile de dire qu'il pourra les reprendre quand bon lui semblera. En conséquence, le Parlement a eu la faculté d'étendre le pouvoir réglementaire de l'exécutif, lors de la guerre de 1914-1918. Il a même pu l'habiliter à déroger aux lois existantes au moyen des règlements. Encore mieux, il a pu l'habiliter avec la faculté d'élaborer un droit de circonstance, un droit de guerre spécifique. Ce dessaisissement volontaire de sa part

(4) DICEY, op. c., p. 62.

(5) DICEY, p. 81.

(6) v. aussi ANSON : Loi et pratique constitutionnelle de l'Angleterre, T. I, p. 40-41.

n'a présenté aucun péril — toutes les latitudes concédées à l'exécutif étant révocables *ad libitum*. D'ailleurs, le gouvernement anglais a su honorer la confiance dont on l'a crédité, car, à aucun moment, il n'a songé à outrepasser les termes de son mandat. Bien mieux, il s'est fait remarquer par un usage trop parcimonieux des pouvoirs qu'on lui avait accordés; et, respectueux du prestige des Chambres, il a pris l'habitude d'exposer, devant elles, les principes des règlements à prendre afin de se rendre compte, au préalable, de leur opinion (7).

En somme, le régime de légalité n'a pas cessé un seul instant et cela, grâce au patriotisme des Chambres qui n'ont pas hésité à donner des pouvoirs suffisants au gouvernement et grâce à l'honnêteté du gouvernement qui n'a pas cherché à tromper la confiance du Parlement; il a usé de ses pouvoirs dans la limite du mandat qu'on lui a consenti.

2. — LES LOIS DE CIRCONSTANCE

L'Angleterre n'a jamais eu une institution semblable à celle de l'état de siège car le règne de la loi ordinaire y est un dogme, même en temps de crise. Il n'y a pas de tribunaux militaires pour juger les sujtes qui ne font pas partie des cadres de l'armée. La compétence du jury civil se maintient même en temps de guerre. Mais cela ne veut pas dire que l'autorité sera tout à fait désarmée en face d'un état de crise, qu'elle sera réduite à maintenir l'ordre et la sécurité du pays avec les moyens qui lui sont prescrits en temps de paix. Cette conclusion n'est nullement celle de la doctrine, car, d'après

(7) Ainsi furent prises, en vertu de cette consultation anticipative, une série d'*ordres in Council* particulièrement énergiques (17 nov., 20 nov. 1916, 29 nov. 1916, 5 déc. 1916).

DICEY (8), si le droit écrit ignore une Institution similaire à celle de l'état de siège, rien n'est plus vrai que la Couronne et ses agents possèdent, en vertu du *Common law*, le droit de repousser la force par la force, en cas d'invasion, d'insurrection, émeute (*riot*), ou, plus généralement, de résistance violente à la loi. Ce pouvoir d'agir ainsi serait essentiel à tout gouvernement d'ordre et il est certainement dans l'esprit de la structure juridico-politique de l'Angleterre. Et la conclusion, « si donc, par la loi martiale, on veut dire le pouvoir du gouvernement ou des citoyens loyaux de maintenir l'ordre public à quelque prix que ce soit, même par l'effusion du sang, la *loi martiale* fait assurément partie du droit anglais » (9). Et pour bien marquer la différence entre la *loi martiale* au sens précité et l'institution de l'état de siège, DICEY (10) conclut : « Et cependant, même au sens de la loi martiale, il ne faudra jamais oublier que la question de savoir si la force employée était nécessaire ou excessive sera décidée en dernier ressort par un juge et un jury — et spécialement dans les cas où il y a eu mort d'homme ».

Ce sont des prérogatives qui résultent de la *Common-law* et que le pouvoir exécutif a voulu faire valoir et, à ce sujet, il les a rappelées par la *proclamation royale* du 4 août 1914, lors de la déclaration de guerre. En effet, cette proclamation

(8) DICEY, op. c., p. 249 : « La loi martiale — au sens propre du mot qui veut dire : suspension de la loi ordinaire et gouvernement temporaire d'un pays par les tribunaux militaires — est inconnue en droit anglais.

« Nous n'avons rien d'équivalent à ce qu'on appelle en France la *déclaration de l'état de siège* en vertu de laquelle l'autorité, dont est investi généralement le pouvoir pour le maintien de l'ordre et de la police, passe toute entière à l'autorité militaire. Ceci est une preuve évidente de la suprématie permanente de la loi dans notre constitution ».

(9) DICEY, op. c., p. 250-251.

(10) DICEY, op. c. *ibid.*

rappelle la « *prérogative incontestée* » du roi de prendre, en temps de *danger national imminent*, toutes les mesures nécessaires pour garantir la sécurité publique et la défense du royaume. Ces prémisses étant présentes, le roi ordonne aux sujets de se soumettre aux instructions et règlements édictés par lui ou par l'Amirauté, par le Conseil de l'armée, par tout officier ou personne agissant au nom du roi, en vue d'assurer *la sécurité et la défense du Royaume*.

Mais, comme on s'en aperçoit, c'est l'imprécision et le vague autour de cette prérogative exécutive. D'ailleurs cette prérogative royale, quant à son existence et quant à sa portée, est sujette à plus d'une controverse. Rappelons les conclusions de LORD SHAW, lors de l'affaire ZADIG (11) : « Le pouvoir d'édicter des règlements pour la sûreté publique et la défense du Royaume est *conféré par la loi* à Sa Majesté en Conseil (12). Au cours de la discussion, on a fait incidemment allusion à ce pouvoir en le rattachant à la prérogative royale. *Si jamais, quelque légèrement que ce soit, cette prérogative est associée aux actes exécutifs accomplis en dehors d'une autorisation parlementaire expresse, ce sera un jour néfaste : cette route conduit à la Révolution* ».

On a donc senti la nécessité d'élargir et de renforcer avec précision les attributions du gouvernement, afin de parer avec succès aux situations adverses engendrées par la guerre. Bien qu'ayant déjà dès le temps de paix l'usage de quelques pouvoirs légaux accrus pour la circonstance, on est loin cependant de pouvoir parler d'une législation de crise établie à l'avance. Ce sont des lois qui concernent plutôt l'organisa-

(11) Arrêt de la *Chambre des Lords* du 1^{er} mai 1917.

(12) Il s'agit du *Defence of the Realm Act* des 8 et 28 août 1914 et du *Defence of the Realm consolidation Act* du 27 novembre 1914; voir plus loin.

tion de l'armée. Pour qu'on puisse juger de leur véritable importance, il faut les rattacher aux caractères de l'*armée anglaise d'avant-guerre* : or, on sait ce que fut l'armée métropolitaine, et on connaît également la place dérisoire qu'elle tenait dans le royaume insulaire. D'ailleurs, ces lois ont été les suivantes (13):

a) *L'Army act* autorise le roi à prendre par *proclamation*, en cas de danger national imminent ou de grande crise et après en avoir donné communication au Parlement, les mesures suivantes: les soldats qui, aux termes de leurs acts d'engagements, devraient passer dans la réserve, seront maintenus dans le service actif; les généraux et les commandants militaires sont autorisés à entreprendre, en cas de crise, des réquisitions dans tout le Royaume-Uni, en vue d'assurer le logement et le cantonnement de l'Armée.

b) *Le Reserve Force Act de 1882* et le *Territorial and Reserves Forces Act de 1907* prévoient, sous les mêmes conditions, le pouvoir du roi d'ordonner, par *proclamation*, l'appel au service permanent de l'armée et de tout ou partie de la force territoriale.

c) *Le Regulation of the Force Act de 1871* prévoit des pouvoirs assez étendus, en cas de crise, au profit du gouvernement, quant au fonctionnement des chemins de fer.

En outre de ces pouvoirs prévus d'avance, deux lois, en date des 3 et 5 août 1914, autorisent le roi, la première à suspendre temporairement, pour six mois au plus, les paiements des lettres de change ou autres obligations, la deuxième

(13) JÈZE : Le pouvoir exécutif en temps de guerre, page 14 et suivantes. L'ouvrage de M. Jèze doit être considéré comme le plus complet et le plus documenté qui ait été écrit dans cette matière. C'est un ouvrage fondamental pour le sujet que nous traitons. Aussi avons-nous eu maintes fois recours à lui.

à imposer aux étrangers des restrictions d'entrée, de séjour, et à user à leur égard de la déportation, etc.

Mais ce fut loin d'être suffisant pour une action énergique et prompte qui devait permettre au gouvernement la réalisation de l'ordre à l'intérieur et le succès des armées à l'extérieur. Ainsi, le Parlement fut-il amené à voter le 8 août 1914 la *Defense of the Realm Act*, loi qui assure au gouvernement un pouvoir réglementaire très étendu. Voici son texte :

« Sa Majesté en Conseil a le pouvoir, pendant la durée de la présente guerre, d'édicter des règlements touchant les pouvoirs et les attributions de l'Amirauté et du Conseil de l'Armée et des membres des forces de Sa Majesté, et d'autres personnes agissant en son nom, pour assurer la sécurité publique et la défense du Royaume : par ces règlements, Sa Majesté peut autoriser le jugement par Cour martiale et la punition des personnes contrevenant aux dispositions de ceux-ci, destinées :

a) A empêcher les individus de communiquer avec l'ennemi ou d'obtenir des renseignements pour cet objet ou pour tout objet en vue de compromettre le succès des opérations des forces de Sa Majesté, ou d'assister l'ennemi ; ou, b) A assurer la sécurité de tous moyens de communication ou des chemins de fer, docks ou ports : de la même manière que si ces contrevenants étaient soumis à la loi militaire et avaient, en service actif, commis un délit tombant sous le coup de l'article V de la loi sur l'armée ».

En vertu de ces dispositions, le gouvernement acquiert un pouvoir réglementaire très étendu. Cela est d'autant plus notable qu'en général le pouvoir réglementaire de l'exécutif

en Angleterre est mis en doute (14). En outre, la disposition la plus importante est celle qui prévoit la compétence des Cours martiales sur tous les individus qui contreviendraient aux règlements pris en habilitation de cette loi.

Mais ce texte ne marque qu'une étape dans la législation de circonstance. En effet, cet Act est complété par un autre *Defense of the Realm Act*, en date du 28 août 1914 (15). En habilitation de ces deux lois, le pouvoir exécutif a édicté plusieurs *règlements et ordres in council* touchant tous aux matières et aux buts prévus (notamment les règlements du 12 août 1914, du 1^{er} septembre 1914, les ordres in council du 17 septembre-14 octobre 1914 (16).

Une autre étape, et la plus importante sans doute, fut celle de la codification de ces deux lois dans une troisième, la *Defense of the Realm Consolidation Act* du 27 novembre 1914, qui porte : « Article premier : Sa Majesté en Conseil a le pouvoir, pendant la continuation de la présente guerre, *d'édicter des règlements pour assurer la sécurité publique et la défense du Royaume* et aussi touchant les pouvoirs et les attributions à cet effet de l'Amirauté et du Conseil de l'Armée, ainsi que des membres des forces de Sa Majesté et des autres personnes agissant en son nom. *Elle peut, par ces règlements, autoriser le jugement par des Cours martiales ou, en cas des infractions minimes, par les tribunaux de juridiction sommaire, et la punition des personnes contrevenant aux règlements et, en particulier, à l'une des dispositions de ces règlements ayant pour objet... »*

Par ce dernier Act, le pouvoir exécutif se voit investi

(14) ESMEIN et NÉZARD, II, op. c., page 88.

(15) Cette loi a étendu le pouvoir réglementaire en matière de presse, de circulation et de séjour des étrangers.

(16) JÈZE, op. c., page 23.

d'un pouvoir réglementaire encore beaucoup plus accru. En effet, il est autorisé à réglementer n'importe quelle matière, pourvu que les buts à réaliser soient la défense et la sécurité du pays.

Toutefois, cette dernière loi ne saurait s'interpréter comme conférant un blanc-seing au gouvernement. Une telle interprétation serait tout à fait contraire, et à la pratique, et à la mentalité politique des Anglais.

D'après M. JÈZE (17), ces pouvoirs sont limités : *a*) à la durée de la guerre et par le fait que ces règlements doivent : *b*) être pris par le roi en son Conseil, *c*) concerner la sécurité publique et la défense du Royaume, *d*) aider raisonnablement la réalisation de ses buts. Mais sous réserve de l'accomplissement de cette dernière condition, ces règlements peuvent tout faire : modifier les lois, créer des délits, et fixer des peines.

La vraie limitation, et c'est une limitation de principe, vient de la part du Parlement, car le gouvernement a bien le droit de légiférer, en vertu de ce texte, par *ordres in council* ou par règlements ministériels dans tous les domaines intéressant, et la sûreté, et la défense du Royaume, mais il sera tout de suite dessaisi, si le Parlement voulait lui-même réglementer une pareille matière. Ce qui signifie que l'habilitation de l'exécutif avec des pouvoirs si considérables n'est qu'une habilitation précaire, révocable *ad libitum*. Toutefois, il y a eu des matières que le pouvoir législatif a estimé opportun de réserver *ab initio* pour sa propre compétence ; c'était celles concernant les finances en général dont il n'a pas voulu se dessaisir, même provisoirement.

(17) JÈZE, op. c., p. 135.

Quant au contrôle du Parlement, s'exerçant sur l'utilisation de ces pouvoirs par le gouvernement, il a été, non seulement *ultérieur*, mais très souvent *a priori*, grâce à l'initiative gouvernementale, en ce sens que les mesures projetées étaient soumises aux débats des Chambres, afin que le gouvernement puisse se rendre compte de la volonté et de l'opinion du Corps législatif. Le contrôle *a posteriori* s'exerçait surtout au moyen de questions orales ou écrites et par les motions qui ont été l'occasion de vastes critiques et interpellations (18).

A l'instar du Parlement, la justice a également secondé, par ses arrêts, les efforts du gouvernement. En effet, les tribunaux se sont reconnus compétents à apprécier la légalité de ces règlements qui, finalement, n'avaient de la loi que le contenu matériel et la puissance coercitive; ils étaient toujours des actes du pouvoir exécutif et, comme tels, passibles du contrôle judiciaire (19) (20).

Quant au fondement juridique des règlements pris par l'exécutif, c'est uniquement l'habilitation parlementaire — quoique le gouvernement, à plusieurs reprises, ait eu une tendance accusée d'y mêler la prérogative royale. Ce point de vue fut repoussé vigoureusement lors de l'affaire ZADIG, quand tous les cinq *Lords of Appeal* ont construit l'échafaudage de leurs opinions en partant exclusivement de l'habilitation parlementaire comme fondement du règlement incriminé et non de la prérogative royale.

Ainsi, le régime légal n'a pas cessé un seul instant au

(18) JÈZE, op. c., p. 38.

(19) Voir l'affaire ZADIG : arrêt de la *Chambre de Lords* du 1^{er} mai 1917.

(20) A ce propos, pour éviter tout malentendu, nous soulignons qu'il s'agit, non de la légalité de la procédure parlementaire qui a élargi le pouvoir réglementaire de l'exécutif, mais de la concordance du règlement avec la loi d'autorisation, c'est seulement ce point qui faisait l'objet d'un contrôle de la part de la justice.

cours de la guerre. La supériorité tant vantée des institutions anglaises s'est affirmée une fois de plus. Mais il ne suffit pas de posséder la supériorité théorique, il faut encore avoir des hommes pour la traduire en pratique. Or, l'Angleterre de 1914-18 les a eus.

SECTION II

LES PLEINS POUVOIRS EN ITALIE

1. — LES PRÉCÉDENTS HISTORIQUES

La Constitution italienne, comme la Constitution anglaise, appartient au type des Constitutions souples qui peuvent être modifiées sans aucune procédure spéciale ou solennelle de la part des Assemblées (1). Etant donné ce caractère de la Constitution italienne, aucune observation ne peut être élevée contre une interversion des compétences dans l'Etat, qui serait faite par le pouvoir législatif. En effet, le Parlement italien peut valablement investir le Gouvernement de la fonction de faire la loi et cette investiture sera correcte et régulière du point de vue de la technicité des opérations. Une puissante pratique s'était établie dans ce sens, pratique remontant déjà à l'année 1848 : le 2 avril 1848, une loi fut promulguée autorisant le roi à exercer le pouvoir législatif au cours de la guerre d'indépendance. L'exercice du pouvoir législatif se fera au moyen de décrets royaux qui pourront ordonner tout ce qui est nécessaire à la défense de la patrie et des institutions. Des lois d'autorisation analogues sont celles du 26 avril 1859, du 1^{er} mai 1866, du 31 juillet 1866 et du

(1) Ainsi furent modifiés deux articles du *statuto*, l'article 50 et l'article 69.

28 juin 1866. Le but de ces lois a toujours été le *maintien de la sûreté intérieure et de la défense de l'Etat* (2).

En conséquence, c'est au milieu du XIX^e siècle, au cours des périodes mouvementées de l'histoire politique du pays, que s'est établi en Italie une pratique constante, en vertu de laquelle le gouvernement a l'usage des pleins pouvoirs qui lui sont consentis par le Parlement même, dans certaines circonstances.

2. — LA PRATIQUE AU COURS DE LA GUERRE MONDIALE

Ayant en vue les pratiques dont on a parlé précédemment, il n'y a rien d'étonnant dans le fait que l'Italie se soit placée, dès son entrée en guerre, sous un régime de droit exceptionnel : par le vote de la loi du 22 mai 1915, le Parlement a consenti au Gouvernement des pouvoirs vraiment exorbitants dont on se rendra mieux compte en examinant son texte :

« Article unique : En cas de guerre et pendant la guerre même, le Gouvernement du roi a la faculté d'édicter des dispositions ayant force de loi dans la mesure où l'exigent la défense de l'Etat, la protection de l'ordre public et les besoins urgents ou extraordinaires de l'économie nationale. Les dispositions dont il est question aux articles 243 à 251 du Code pénal pour l'armée restent en vigueur.

« Le gouvernement du roi a la faculté d'ordonner les dépenses nécessaires et de pourvoir, par des moyens extraordinaires, aux besoins du trésor.

« Le gouvernement du roi est autorisé à appliquer provisoirement, en tant qu'ils ne sont pas approuvés par des

(2) EMILIO CROSA : *La Competenza regia*, p. 94.

lois et jusqu'au 31 décembre 1915, les budgets pour les administrations de l'Etat de l'exercice 1915-16 d'après les états de prévision des recettes et des dépenses et les projets de lois relatifs avec les modifications qui en découlent déjà proposés à la Chambre des Députés, ainsi qu'à pourvoir aux moyens extraordinaires pour faire face aux déficits éventuels des budgets provenant des augmentations de dépenses ou des diminutions de recettes. »

Comme on peut s'en rendre compte, les pouvoirs conférés au gouvernement sont extrêmement étendus et quasi illimités. La seule limitation précise est dans le temps : la durée de la guerre.

D'après la remarque de M. JÈZE (3), le gouvernement reçoit le pouvoir de prendre toutes mesures, et surtout celles de nature législative : 1) Pour la *défense de l'Etat* ; 2) Pour la protection de l'ordre public ; 3) Pour les besoins *urgents et extraordinaires de l'économie nationale*. En plus (ce qui est vraiment exorbitant, car on a vu que le Parlement anglais s'est réservé un domaine intangible, celui qui touche aux questions financières), le Gouvernement italien reçoit la faculté d'engager et d'effectuer toutes les *dépenses nécessaires*, ainsi que de créer toutes les *ressources extraordinaires*, indispensables pour les besoins du trésor.

Ces pouvoirs sont tellement généraux, qu'ils correspondent à la faculté hypothétique de pouvoir toucher à n'importe quelle branche du droit, à condition de servir la réalisation d'un des trois buts exposés plus haut.

Fort de cette autorisation, le gouvernement a modifié, par le procédé des décrets, la matière de l'exécution des obli-

(3) JÈZE, op. c., p. 41.

gations, des réquisitions, des dommages de guerre, de la liberté industrielle et nombre d'autres matières; en outre, il a établi des impôts et des taxes et émis des emprunts de guerre (4). Ces dernières applications sont à retenir plus que les autres, car les matières financières ont été considérées presque partout comme des matières réservées au Parlement et, pour cette raison, dans la plupart des Etats, retirées à l'emprise de l'exécutif.

Quant au contrôle du Parlement italien, malgré l'application excessive que le gouvernement faisait de ses pouvoirs, il a été très bienveillant au début de la guerre et pendant les hostilités. A la rigueur, cette attitude pourrait se comprendre si on donnait crédit aux affirmations d'après lesquelles les nécessités engendrées par la guerre ont été plus redoutables en Italie qu'ailleurs et, en conséquence, ont exigé des mesures de défense plus énergiques. Mais le gouvernement ne s'est pas maintenu aux nécessités de la guerre, car il n'a pas seulement dépassé la limite de temps, mais également la limite d'objet de la loi des pleins pouvoirs. Ainsi il a continué de légiférer même après la guerre et même pendant les sessions du Parlement, sans avoir l'excuse d'aucun mobile d'urgence. Un exemple saisissant est celui du décret du 13 mars 1922 qui ne devait recevoir son application que dans six mois! L'abus n'a pas été seulement *qualitatif*, mais encore plus *quantitatif*. Qu'on en juge par ces quelques chiffres: le nombre des décrets portés par le gouvernement jusqu'en 1919 était d'environ 3.250; or, pendant la seule année 1919, le nombre a été porté à 1.043 (5)! Cet abus considérable de la loi des pleins pouvoirs, abus exercé non seulement dans

(4) Voir JÈZE, op. c., p. 42.

(5) RENATO CERCIELLO : La questione dei decreti-legge, p. 4.

le temps, mais aussi dans l'objet, a une signification précise : l'avènement de la dictature de fait, qui remplaçait celle de droit, exercée en vertu de cette loi jusqu'à la conclusion de la paix.

En fin de compte, les Assemblées dont la tolérance à cet égard a été proverbiale jusqu'à la conclusion de la paix, ont commencé à faire preuve de quelque impatience à l'égard de cette dépossession systématique et suivie de leurs fonctions naturelles. Leur mécontentement trouva son expression dans le projet de loi déposé par le Sénateur SCIALOJA (6), le 15 mars 1922. Ce projet est intéressant à deux points de vue : d'abord parce qu'il fait ressortir les vices de la législation des décrets, et ensuite à raison des palliatifs qu'il propose pour y remédier.

L'article premier porte que « le décret royal à convertir en loi devra être présenté, à peine de nullité, à l'une des deux Chambres dans la première séance qui suivra la date du décret même ». Cette disposition fut rendue nécessaire à la suite du fait que le gouvernement mettait volontiers beaucoup de retard à soumettre les décrets à la ratification parlementaire.

L'article 2 porte que « la commission parlementaire provisoire qui examinera la conversion d'un décret royal en loi devra avant tout vérifier s'il a le caractère de nécessité urgente qui seul, peut justifier la promulgation. Si la commission ne lui reconnaît pas ce caractère, elle proposera qu'il cesse immédiatement d'avoir effet et qu'il soit considéré comme un simple projet ». Les trois autres articles du projet renferment surtout des dispositions concernant la ratification et la procédure.

(5) TAMBARO : Chronique constitutionnelle d'Italie ; *Revue de droit public*, 1922, page 588.

Le discours de M. SCIALOJA, qui a appuyé le projet par des arguments puissants, relève principalement le fait que le *statuto* ne tolère pas des actes ayant force de loi non régulièrement approuvés par le Parlement. Ce principe général serait édicté à plusieurs reprises dans les divers articles, mais surtout dans ceux où il est question de l'assiette des impôts. Cette règle ne comporterait aucune exception. Ensuite, M. SCIALOJA reconnaît qu'au-dessus des dispositions de la loi, il y a la nécessité qui s'impose au pays et au gouvernement. Toutefois, les occasions dans lesquelles le gouvernement a exercé la dictature ont été rares. Dans ce cas, le salut de l'Etat a demandé impérieusement des mesures législatives d'urgence. Mais seule *l'urgence absolue* peut motiver, de la part du gouvernement, l'usage de cette faculté extraordinaire de se substituer au Parlement. Mais alors celui-ci doit être dans la situation de pouvoir faire instantanément le contrôle de l'existence réelle de l'urgence.

Comme on s'en rend compte, c'est surtout à cause de l'inexistence de l'urgence, du non accomplissement de cette condition pour le légitime exercice du travail législatif gouvernemental, qu'on a fait grief au gouvernement. Ce n'est pas la première fois que ce reproche lui est adressé. En effet, à l'occasion de la conversion de plusieurs décrets en lois, dans les séances du Sénat du 28 juillet au 8 août 1919, un ordre du jour fut voté par lequel le Sénat, affirmant sa qualité de gardien de la Constitution et des traditions libérales, invita le gouvernement à ne plus user du moyen des décrets, sauf dans les cas d'urgence absolue (7). Ce qu'on a peine à comprendre, c'est la raison pour laquelle le Parlement, si mécon-

(7) RARINCESCO, op. c., p. 146.

tent du procédé gouvernemental, n'a pas refusé carrément toute ratification des décrets qui lui étaient soumis.

Il est vrai que le refus de ratification aurait soulevé des problèmes particulièrement difficiles : d'abord la perturbation réitérée de l'ordre du droit qui, bien ou mal, s'était déjà adapté aux changements opérés par les décrets ; ensuite, une question extrêmement délicate se posait : celle des situations juridiques acquises en vertu du nouvel ordre de droit. Nous estimons d'ailleurs que l'enjeu de la partie méritait ce sacrifice, un seul refus aurait amené le gouvernement à composition et, par cela même, au rétablissement de la légalité.

Quoi qu'il en soit, tous ces efforts pour rétablir les prérogatives du Parlement, furent annihilés d'un seul coup par l'avènement de la dictature de M. MUSSOLINI. En effet, le chef des Fascistes s'est fait attribuer dans la séance du Parlement du 25 novembre 1922 (8), les pleins pouvoirs nécessaires « afin que le gouvernement du roi, dans l'intérêt suprême de la patrie puisse résoudre librement, sans les difficultés de la procédure parlementaire, les problèmes les plus urgents des finances et de l'administration publique ».

Mais quelle a été jusqu'à ce jour — date fatidique pour le retour à l'esprit constitutionnel en Italie — la position de la justice vis-à-vis de ces décrets ?

D'après la majeure partie de la jurisprudence (9), la justice s'est montrée ferme dans la tendance à couvrir l'acti-

(8) A 275 voix contre 90.

(9) Cour d'appel de Venise, 22 juin 1915 ; Tribunal suprême de guerre et de la marine, 12 juin 1921 ; Tribunal de Gênes, 22 novembre 1921 ; Cour d'appel de Bologne, 15 décembre 1921 ; Tribunal de Rome, 14 février 1922 ; Cour d'appel de Milan, 9 juillet 1922 ; Cour de Cassation de Rome, 9 septembre 1915, 26 février 1916, 10 juin 1918, 24, 27 et 31 janvier 1922 ; 13 mars, 28 avril et 22 mai 1922 ; voir SIOTTO PINTOR : *Correnti di pensiero dottrinali, parlamentari e giurisprudenziali a proposito dei decreti legge*, p. 8-9.

tivité gouvernementale. D'abord, elle s'appuyait sur la considération que la légitimité de l'habilitation du gouvernement avec ces pouvoirs étant certaine, en conséquence, vu le caractère politique de ces mesures, le contrôle par la justice est inadmissible; il appartient au seul Parlement. Mais, même en dehors de ces considérants la Cour de Cassation de Rome (arrêt du 28 avril 1922, première section) paraît avoir adopté la thèse d'un droit de nécessité parce qu'elle admet, « que le pouvoir exécutif puisse assumer parfois la fonction du pouvoir législatif, quand des circonstances spéciales l'obligent à le faire sans retard et sans qu'on puisse attendre que le pouvoir législatif exerce sa propre fonction normale. Si de telles circonstances existent réellement, le gouvernement, gardien permanent de la vie de l'Etat, ne peut pas, ne doit pas rester inerte et son action deviendra légitime en vertu d'une invincible nécessité de fait, suprême raison du droit, « *salus publica suprema lex* » (10).

Mais il semble que la justice, qui, au début, s'est refusé toute faculté de contrôle, non seulement en ce qui concerne le contenu matériel, mais également en ce qui regarde la régularité formelle de ces décrets, ait évolué par la suite en ce sens qu'elle s'est reconnue une certaine compétence quant au contrôle formel.

En vertu de l'arrêt de la Cour de Cassation de Rome, en date du 16 novembre 1923, toutes sections réunies, la Haute Juridiction estime que la justice ne doit assimiler ces décrets aux lois qu'à la condition qu'ils aient été présentés à la ratification de l'une des deux Chambres; ensuite que l'examen quant à l'urgence, s'il implique un examen de fond, doit être réservé exclusivement aux Chambres — mais lorsque des cir-

(10) « *Il foro italiano* », 1922, II, p. 249.

constances extérieures excluent, à première vue, cette urgence, le magistrat pourra et devra prononcer l'illégalité du décret, en refusant son application (11).

Nous n'avons pas le loisir d'examiner toutes les décisions de la justice concernant ces décrets, moins encore celui de faire l'analyse de l'énorme littérature produite, en Italie, par ce problème. Mais, en guise de conclusion, un fait reste acquis : la pratique constitutionnelle de l'Italie ne s'oppose pas à ce que le pouvoir exécutif soit investi de la fonction législative sous la pression des nécessités impérieuses. Cela résulte du principe de la flexibilité de la Constitution italienne ; le Parlement italien a le pouvoir constituant permanent, ainsi il peut opérer la modification et la répartition des compétences comme bon lui semble. En même temps, faut-il remarquer le grand abus qu'on a fait de cette habilitation régulière, donnée par le Parlement à l'exécutif. Evidemment, un pareil abus n'aurait pas été possible sans la faiblesse extrême du Parlement italien qui n'a pas su réagir une seule fois efficacement contre cette dictature de l'exécutif. Car il s'agit bien d'une dictature non de droit, mais de fait, dès l'instant que les décrets ne correspondaient plus aux données de la loi des pleins pouvoirs. A partir de ce moment, ils n'ont eu aucun fondement, pas même celui de la nécessité, car elle a cessé d'être menaçante dès la conclusion de la paix. A dater de ce jour, ce fut le régime de l'arbitraire et du bon vouloir qui régna en Italie.

Du point de vue juridique, car c'est le seul qui nous intéresse, ce régime d'arbitraire s'est encore accru et amplifié depuis cette époque : la date du 25 novembre 1922 en marque un nouveau départ.

(11) « *Il foro italiano* », 1923, I, 1.

CHAPITRE VI

L'extension des pouvoirs de l'exécutif aux Etats-Unis et en Belgique au cours de la guerre mondiale

SECTION I

AUX ETATS-UNIS

La Cour suprême des Etats-Unis a affirmé dans un arrêt célèbre (1), en date de 1866, le principe transcendant que « le Président ne peut pas, en temps de guerre, plus qu'en temps de paix, empiéter sur la compétence propre du Congrès, ni le Congrès sur la compétence du Président. Tous les deux sont les serviteurs du peuple, dont la loi est exprimée dans la loi fondamentale. « De cette manière, il paraît qu'aucune dérogation n'est possible, même en cas de troubles, au principe préétabli de la séparation des pouvoirs, principe sanctionné par un constitutionnalisme particulièrement rigide, comme l'est celui qui a cours aux Etats-Unis. En conséquence, le Président ne peut s'arroger plus de pouvoirs, au détriment du Congrès, que ceux que lui concède la Constitution. Pour avoir usurpé la faculté du Congrès de suspendre

(1) AFF. MILLIGAN, 4 Wallace's U. S. Reports, p. 2.

l'Act d'*habeas corpus*, le Président LINCOLN dût se couvrir par un acte d'indemnité (2).

Mais, en fait, la Constitution attribue des pouvoirs extrêmement étendus, pour le cas de guerre, au chef du pouvoir exécutif. En vertu de la loi fondamentale, le Président est commandant en chef de l'Armée et de la Flotte nationale, ainsi que des milices des divers Etats, lorsque ces dernières sont appelées au service des Etats-Unis (Section II, art. II).

Il est inutile de dire que le Président, sorti des rangs d'un parti politique quelconque, n'a ni les connaissances techniques nécessaires, ni l'habileté pour prendre, en personne, ce commandement; la plupart du temps, il exerce son pouvoir par l'intermédiaire des secrétaires de la Guerre et de la Marine, qui, à leur tour, l'exercent par l'intermédiaire des Généraux commandant sur le front et des Amiraux, en mer (3). « Comme commandant en chef » disait le *Chief Justice Taney*, de la Cour Suprême des Etats-Unis, « il est autorisé à diriger les mouvements des forces navales et militaires placées par la loi sous ses ordres, et à les employer de la manière qu'il jugera la plus efficace pour harceler, vaincre et subjuguier l'ennemi. Il peut envahir le pays ennemi et le soumettre à la souveraineté et à l'autorité des Etats-Unis. Le Congrès a pour rôle de déclarer la guerre, de lever des armées et de fournir les moyens de la faire; mais, la conduite de la guerre incombe au Président. Le Président n'est pas le simple Adjudant-Général du Congrès dont il reçoit les ordres; il est le chef suprême de l'armée et il n'est soumis à

(2) ESMEIN et NÉZARD, op. cit. II, p. 91.

(3) GARNER : Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux Etats-Unis. R. de Dr. p. 1918, p. 10.

aucun contrôle de la législature en ce qui touche à la conduite même de la guerre (4) ».

Et, d'après HUGHES (5) : « Aucun spectacle n'est plus impressionnant que celui du Président de la République, en temps de guerre, quand, aux autres grands pouvoirs de sa charge, il ajoute le commandement suprême des forces armées de la Nation, et qu'il conduit sa campagne militaire ».

Comme l'on s'en rend compte, le pouvoir du Président, en temps de guerre, est des plus considérables; il n'a d'autres limites que celles tracées expressément par la Constitution, et, celles qui résultent des principes généraux qui régissent la vie publique aux Etats-Unis.

En application de ces principes, il est à remarquer que le Président ne peut appliquer la *loi martiale* (pourtant semble-t-il, le corollaire logique aux latitudes si grandes du Président de mener la guerre avec succès), que sur le théâtre même des opérations. Quoique l'opinion de la Cour Suprême se soit établie dans ce sens depuis la célèbre affaire MILLIGAN, néanmoins l'accord doctrinal n'est pas établi sur le sens restrictif de l'application de cette loi (6).

En dehors des prérogatives précitées le Président a le droit d'administration, jusqu'au traité de paix, en territoire ennemi, et, le droit d'y établir tel gouvernement, civil ou militaire, qu'il désire.

Il est très intéressant de suivre, en pratique, tout le fonctionnement de ces prérogatives présidentielles; un vaste champ d'application s'y est présenté, surtout au cours de la

(4) GARNER, *ibid.*, p. 11.

(5) HUGHES : Const. américaine et la guerre. *Revue de droit public*, 1917, p. 605.

(6) Surtout BURGESS, *Political science and constitutional law*. I. p. 261; WILLOUGHBY et HARE, ces derniers chez GARNER, *op. cit.*, p. 28, note.

guerre avec le Mexique (1846-48) et de la guerre avec l'Espagne (1898) (7).

Le Président Wilson a jugé néanmoins tous ces pouvoirs comme insuffisants pour la conduite victorieuse de la guerre. Ainsi a-t-il demandé, dès l'entrée en guerre des Etats-Unis, des pouvoirs encore plus vastes. Le Congrès ayant acquiescé, il fut autorisé, en vertu de la *loi du 18 mai 1917 (draft act, loi de recrutement)* :

« A faire inscrire tous les habitants mâles, même étrangers, de vingt-et-un à trente ans, en vertu des règlements qu'il devait établir, et, à lever, parmi ceux de nationalité américaine, une armée immense ;

« A interdire la vente de liqueurs alcooliques à l'intérieur ou à proximité des camps militaires, ou, en quelque lieu que ce soit, aux officiers et aux soldats ».

En vertu de la *loi du 12 mai 1917*, il obtient le droit de saisir tous les navires qui, au moment de la guerre, se trouveraient dans les ports américains.

La *loi du 15 juin 1917, sur l'espionnage (Espionage Act)* attribue au Président des pouvoirs importants, surtout en ce qui concerne la prohibition d'exporter certains articles, qui, d'après son opinion, devraient être conservés aux Etats-Unis. En habilitation de cette loi, le Président a interdit, sauf certaines dérogations, l'exportation d'une quarantaine d'articles déterminés, dont le nombre fut encore augmenté par la suite. Cette prohibition concernait le commerce avec les pays neutres de l'Europe, afin d'empêcher l'approvisionnement de l'Allemagne.

Une autre loi, *du 15 juin 1917*, porte sur l'acquisition

(7) V. surtout SIGNOREL : Le pouvoir exécutif en temps de guerre. R. gén. d'administration, 1921, sect. II, p. 5 suiv.

ou réquisition, pour le compte de l'Etat, de tout navire en construction.

La loi du 27 juillet 1917, permet au Président de prendre possession des terrains qui seraient aptes pour l'établissement d'aérodromes.

La loi du 10 août 1917, autorise le Président à ordonner, quand il le jugerait nécessaire, que tels transports ou telles expéditions de marchandises, qu'il estime nécessaires à la défense et à la sécurité nationales, seront effectués de préférence, par les messageries publiques, par les chemins de fer, par eau, ou autrement.

Mais, la plus importante, parmi ces lois de circonstance, est la loi du 10 août 1917, sur le ravitaillement (*food and fuel conservation act*).

C'est une loi que l'on pourrait appeler de « *dictature économique* », au profit du Président, parce qu'elle lui assure de véritables pouvoirs dictatoriaux, en vue d'organiser une production adéquate aux nécessités et une distribution équitable des vivres, de combustible, des machines et autres « choses nécessaires », et, pour empêcher le monopole, l'accaparement et la spéculation avec tous ces articles (8). A cette fin, le Président pourra édicter tous règlements et ordres nécessaires, qui seraient exigés pour atteindre ces buts.

C'est une loi de guerre typique, et, par ses termes, extrêmement compréhensifs, elle est sans précédent aux Etats-Unis. Elle fut dictée par le seul souci de réaliser la victoire finale à l'aide d'une action économique méthodique, qui, même menée loin du théâtre des opérations, n'aurait pas tardé de porter ses fruits.

(8) GARNER, op. cit., p. 34.

Nous reproduisons, d'une manière succincte, les principales prérogatives attribuées, par elle, au Président :

1) Le Président prend le contrôle effectif de tout commerce ou industrie qui, d'après lui, seraient nécessaires à la défense et à la sécurité nationales. A cette fin, il délivre des licences pour l'importation, la manufacture, l'emmagasiner ou la distribution de tous objets, censés être objets nécessaires.

2) Le Président peut réquisitionner des vivres du combustible, et d'autres denrées ;

3) Le Président est en droit d'acheter et de mettre en réserve et de vendre à un prix arrêté par lui, du blé, des céréales, etc...

4) Le Président peut, dans l'intérêt des armées, prendre en exploitation toute manufacture, usine de conserve de viande, canalisation de pétrole, mine ou autre établissement de production, moyennant une indemnité aux propriétaires.

5) Il a le contrôle des prix, et afin de les maintenir équitables la loi lui donne certaines latitudes dans le contrôle des opérations boursières, dans l'établissement des droits de douane additionnels sur le blé importé, etc...

6) Finalement, le Président a des pouvoirs très étendus concernant la fabrication de l'alcool.

L'on ne saurait nier le véritable caractère de cette loi, c'est une loi qui favorise, tout en servant les intérêts de la défense nationale, le passage de l'économie libre à une économie dirigée. D'après l'expression de MAC GARNER, « c'est un important monument de législation socialiste, qui, dans un sens, fait du Président un véritable dictateur, pour une grande partie du commerce et de l'industrie du pays ».

Toutes ces lois dont on a donné un aperçu succinct, ont

apporté au Président un faisceau considérable de pouvoirs, vraiment exorbitant, si on voulait les comparer à ceux dont il a la disposition en temps de paix. Nous croyons qu'elles ne pouvaient se réclamer d'une conformité orthodoxe à la lettre et même à l'esprit de la Constitution. D'ailleurs, GARNER écrit à ce sujet : « Au point de vue constitutionnel, la loi (il s'agit de la loi sur le ravitaillement), ne se défend que comme mesure de guerre ; à coup sûr, on peut affirmer qu'en temps normal, la constitutionnalité d'une mesure de ce genre ne serait pas reconnue par la Cour Suprême. On peut, en effet, fouiller en vain la Constitution pour trouver une disposition qui accorde au Congrès, ou au Président des pouvoirs tels que ceux conférés par cette loi ».

Il est inutile d'accentuer que le Président a fait un large usage des pouvoirs que lui conférait le *Food Act*. (9). D'ailleurs, non seulement la Presse, qui est un facteur si capital dans la vie publique des Etats-Unis mais encore l'opinion publique, ont approuvé, non seulement l'usage fait par le Président de ces prérogatives, mais même le principe de l'extension des pouvoirs présidentiels. Le Président Wilson a toujours réclamé, et déjà dès le temps de paix, une marque de confiance accrue pour l'exécutif... « qu'il s'agisse de Gouvernement ou simplement de commerce en toute affaire, il faut faire confiance à quelqu'un. Sous réserve d'une telle responsabilité, le pouvoir constitue la substance même d'un bon Gouvernement ». Cette marque de confiance le pays entier venait de la lui donner.

En conséquence, l'on peut dire que, même si ces lois allaient, en un certain sens, à l'encontre de l'esprit de la

(9) On en trouve l'exposé minutieux chez SIGNOREL, op. c.

constitution, — car, finalement, qu'est-ce que la mainmise de l'Etat sur des branches importantes de l'industrie, sinon une expropriation déguisée ? — toutefois elles ne heurtent cependant pas une disposition constitutionnelle expresse. C'est ce qu'a reconnu la jurisprudence, qui a eu à statuer sur leur correction au point de vue constitutionnel. Nous avons, dans ce sens, le jugement prononcé le 20 août 1917, par le Juge fédéral *Emory Speer*, du District méridional de Georgie, qui affirme la constitutionnalité du *Selective Draft Law*, à l'occasion de la demande de *writs d'habeas corpus*, présentée en faveur de deux individus qui ne s'étaient pas fait inscrire pour accomplir leur devoir militaire (10).

Les considérants de cet arrêt insistent surtout sur le fait que la constitution énumère parmi les pouvoirs qu'elle accorde au Congrès celui « de lever et d'entretenir des armées ». Cette disposition doit se combiner avec la clause 17 de l'art. I, par. 8 de la constitution qui accorde au Congrès le pouvoir de « faire toutes les lois qui seront utiles et nécessaires pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus, et tous autres, confiés par la présente constitution au Gouvernement des Etats-Unis, ou à tout département de ce pays ». Voici, d'ailleurs, les pouvoirs auxquels cet article fait allusion (art I, par. 8).

. . . . De déclarer la guerre, d'octroyer les lettres de marque et de représailles, et de faire les règlements concernant les prises, sur terre et sur mer.

De lever et d'entretenir des armées, avec la restriction que nulle somme ne pourra être votée à cet usage pour une durée de plus de deux années.

De créer et d'entretenir une marine.

(10) *Revue de droit public*, 1918, p. 54.

De faire des règlements pour l'organisation et l'administration des forces de terre et de mer.

De faire appeler les milices sous les armes pour assurer l'exécution des lois de l'Union, réprimer les insurrections et repousser les invasions.

De pourvoir à l'organisation, à l'armement, à la discipline de la milice qui peut être employée au service des Etats-Unis, avec réserve, pour chaque Etat, de nommer les officiers et l'autorité nécessaire pour l'instruire, en conformité avec les règles de discipline établies par le Congrès.

Donc, est régulière toute loi faite par le Congrès, qui assure la mise à exécution des pouvoirs ainsi énumérés par la Constitution. En conséquence, est correcte toute attribution de compétence faite au Président, pourvu qu'elle serve ces buts... « C'est là que se trouve le plus grand réservoir de pouvoir pour sauver l'existence nationale » (même arrêt). Il faut encore citer l'arrêt de la Cour Suprême, en date du 7 janvier 1918, qui affirme à l'unanimité, la constitutionnalité de la loi fédérale sur la conscription militaire (11).

D'ailleurs, cette interprétation a prévalu également en doctrine. « De même, on peut dire que le Congrès a reçu expressément le pouvoir de mener la guerre et de voter toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour l'exercice de ce pouvoir. Ce pouvoir expressément conféré, et absolument essentiel à la sécurité de la Nation, n'est détruit ni diminué par aucune disposition ultérieure de la Constitution, ni par aucun des amendements. Ils peuvent tous être interprétés de manière à éviter que la Constitution se détruise elle-même, et à protéger les droits du citoyen contre des attaques injusti-

(11) Revue de droit public, 1918, p. 51.

fiables, tout en assurant contre toute surprise la défense commune et la perpétuité de nos libertés. Ces libertés reposent sur la sécurité de la Nation » (12).

Evidemment, en arguant des besoins de la défense nationale, « la sécurité de la Nation », l'on revêt toutes ses actions d'un caractère « tabou »... à l'emprise duquel ne peut échapper même la doctrine juridique la plus sévère, la moins avérée à des compromis utilitaires. Certes, les lois des conscriptions militaires ont été indispensables à la poursuite de la guerre avec succès... mais, en était-il de même de la loi sur le ravitaillement, véritable loi de dictature économique toute compréhensive ?

Mais il ne nous faut pas oublier une chose : à ce légalisme de circonstance, — auquel adhésion fut donnée, et par la justice, gardienne de la Constitution, et par les justiciables, — a présidé une des figures les plus lumineuses de la démocratie, le Président WOODROW WILSON. Quand on possède la foi sincère et ardente forgée au feu de la plus entière honnêteté civique et politique, — foi qu'avait le Président dans les destins de la démocratie, — personne n'a à redouter même l'ombre d'un détournement de pouvoir, au détriment de la Nation. Le *Président* WILSON a bien mérité la confiance illimitée dont la Nation l'a honoré.

Le Congrès, de son côté, a entièrement approuvé la politique présidentielle, l'usage que le Président faisait des pouvoirs qu'il lui avait accordés. Une seule divergence, une fois, (13) les a séparés ; mais, cela ne saurait troubler l'image de l'entente qu'ont présentée, pendant tout le cours de la guerre, les rapports du Congrès avec le pouvoir exécutif.

(12) HUGHES, op. c., p. 614.

(13) A l'occasion de la demande faite par le Président, en vue d'assurer la censure de la Presse.

SECTION II

LA BELGIQUE

L'article 130 de la Constitution belge porte que « la Constitution ne peut être suspendue ni en tout ni en partie » et pour sa modification (article 131) : « le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. — Après cette déclaration les deux Chambres sont dissoutes de plein droit. — Il en sera convoqué deux nouvelles, conformément à l'article 71. Ces Chambres statuent, d'un commun accord avec le roi, sur les points soumis à la révision. Dans ce cas, les Chambres ne pourront délibérer si deux tiers au moins des membres qui composent chacune d'elles ne sont présents ; et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages ».

Comme on le voit, la Constitution belge est une Constitution rigide qui ne peut être modifiée que par la procédure prévue dans son texte même. D'ailleurs, l'article 130, n'admet la suspension de sa validité dans aucune circonstance, ce qui a eu pour effet pratique d'exclure la possibilité d'une dérogation au principe de la séparation des pouvoirs, pour avoir une loi des pleins pouvoirs et la possibilité d'avoir une législation sur l'état de siège fictif (1). C'est avec une pareille organisation constitutionnelle, que la Belgique a dû relever le défi que lui jetait l'Allemagne en 1914.

Mais il n'y a pas eu à choisir entre la violation de l'article 130 et l'intérêt inextricable du pays. Le choix s'imposait

(1) ERRERA : Cinquante ans de droit public en Belgique. Livre du cinquantième de la Société de Législation comparée, T. I, p. 154-156.

de lui-même. Ainsi le Parlement aboutit le 4 août 1914 au vote d'une loi dont les dispositions principales ont eu pour effet d'autoriser le roi à prendre toutes les mesures urgentes demandées par les circonstances :

1) De proroger les délais pendant lesquels doivent être faits les protêts et tous actes concernant le recours pour toute valeur négociable souscrite avant la publication de son arrêté ;

2) Limiter les retraits de fonds sur les dépôts en banque ;

3) Prohiber l'exportation par toutes les frontières de mer et de terre, de tous objets ou produits dont la conservation dans le pays est nécessaire, soit pour les besoins de la défense nationale, soit pour l'alimentation des populations ;

4) Prendre toutes mesures généralement destinées à assurer ou à faciliter l'alimentation des populations et réprimer l'accaparement ; fixer le prix des denrées et marchandises de première nécessité et de permettre aux autorités provinciales et communales de les réquisitionner aux prix fixés pour les mettre à la disposition des habitants ou les vendre à ceux-ci au prix coûtant ; fixer les peines applicables aux accapareurs, prescrire la confiscation et déterminer l'emploi des marchandises et denrées confisquées ;

5) Mettre à la disposition des provinces et des communes les fonds nécessaires à l'accomplissement de leur mission ;

6) Suspendre l'exécution des obligations civiles et commerciales ;

7) Pourvoir en dehors des règles établies par la loi du 15 juin 1899 à la composition de la Cour militaire.

En dehors de ces dispositions, l'article 3 de la même loi autorise le gouvernement à déroger à l'article 21 de la loi du

15 mai 1846 pour tous marchés à conclure d'urgence en vue de la défense du pays.

L'article 4 confirme un certain nombre d'arrêts que le roi a pris d'extrême urgence avant l'ouverture des hostilités, concernant notamment : la prohibition d'exporter des denrées, des animaux et d'autres objets ; les échéances des effets de commerce ; les billets de la Banque nationale ; la limitation des retraits de fonds sur les dépôts en banque ; la prohibition du transit et de l'exportation des munitions de guerre ; la prohibition d'exporter des matières explosibles rentrant dans la fabrication des munitions de guerre (2).

Au cours de la même journée, le Parlement a encore voté plusieurs lois, permettant aux tribunaux d'accorder des délais de grâce ; défendant les poursuites contre les citoyens sous les drapeaux ; levant l'incompatibilité entre le service militaire et le mandat de parlementaire. En prévision de l'occupation ennemie, le contrôle gouvernemental pour les actes provinciaux et communaux est suspendu ou modifié selon les nécessités du moment. Les pénalités sont aggravées pour les crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat.

Après ces lois, votées en hâte, le Parlement ne s'est rassemblé qu'à la fin de la guerre. Le Gouvernement, transporté au Havre, dut prendre des mesures d'ordre législatif, dès la fin de l'année 1914, *au moyen d'arrêts-lois*.

Pour tout ce travail législatif, le gouvernement s'est estimé redevable d'une justification quelconque d'ordre juridique. Ainsi, dans l'exposé du motif d'un de ces décrets, il est dit que « la Constitution est de par la force des circonstances, non point suspendue, mais inexécutable dans certaines de ces

(2) D'après SIGNOREL, op. cit., p. 12, chapitre II.

dispositions » ou encore que subsistant une seule branche du pouvoir législatif, le roi, c'est à lui qu'échoit la fonction de faire la loi. Mais ce dernier argument semble bien, à l'instar de la doctrine allemande, faire appel au « jus eminens », qui ne saurait se concevoir dans un Etat de souveraineté nationale comme c'est le cas de la Belgique. Quant au premier argument, il est dépourvu de tout sens.

La vérité c'est que le gouvernement et le Parlement n'ont pu faire autre chose que violer la Constitution. En premier lieu, la loi du 4 août est franchement anticonstitutionnelle, car elle délègue un véritable pouvoir législatif au roi. Or, nous avons déjà démontré la nullité de cette délégation dans un constitutionnalisme rigide. En deuxième lieu, les *arrêtés-lois* du gouvernement n'en ont pas moins un caractère inconstitutionnel.

Il serait fallacieux, même pour un jurisconsulte de cabinet, de blâmer le gouvernement belge. Bien au contraire, il a synthétisé, en tête avec le roi, le désir héroïque de la nation belge d'y affirmer son indépendance et son honneur. Il a été le seul pouvoir institutionnel, qui a subsisté, ainsi c'est à lui qu'a échoué entièrement la gestion nécessaire des affaires de la nation. Ou pour finir sur un mot de M. ERRERA : « il suffisait d'invoquer la suprême loi du salut public pour justifier les mesures prises ».

Conclusion

De ce qui précède, il résulte que la solution de l'état de crise, engendré par la guerre mondiale, fut cherchée soit à l'intérieur de la légalité, soit en dehors d'elle. A vrai dire, les belligérants n'ont pas eu, la plupart du temps, le choix libre entre ces deux solutions ; la nécessité a pris le dessus, sans que l'on ait pu aboutir à un compromis avec la légalité. Tel fut le cas de la France, de la Roumanie et de la Belgique. Dans ces Etats, on a usé, et parfois abusé, de la législation par décrets. En ce qui concerne le caractère juridique de ce travail législatif, de la part de l'exécutif, nous avons eu l'occasion d'en parler dans l'introduction et dans le premier chapitre de notre thèse. Quant à son caractère politique, nous avons omis, et à dessein, d'entrer dans l'analyse détaillée des problèmes si complexes qu'il soulève : le problème de la dictature exécutive, et même, le problème de la crise du parlementarisme. Nous les avons rayés volontairement du cercle de nos préoccupations, en nous bornant seulement à les effleurer, si besoin était, sans nous permettre toutefois, de dépasser la méthode descriptive que nous avons cru devoir utiliser dans nos recherches. Ainsi, nous ne concluons nullement à une solution unitaire qui devrait être, pour l'avenir, la solution de l'état de crise dans l'Etat moderne. On l'a vu — l'expérience l'a prouvé — que la meilleure réaction en fut encore réalisée par la France, qui était dépourvue de toute législation de prévoyance.

Faut-il en conclure à son inutilité ? Nous ne le croyons pas. Si la légalité n'a pas trop souffert, en France, au cours du cataclysme mondial, la cause en était plutôt aux hommes qu'aux institutions. En effet, en commençant par la constitution, et en finissant par le règlement, la norme de conduite qu'ils renferment n'est pas une entité abstraite ; elle est en fonction des hommes qui l'appliquent, de l'intention qui préside à son application. Or, nous croyons qu'une démocratie sincère, sans réticences, est la moins encline à faire le sacrifice inutile de la légalité ; le détournement du pouvoir sera le moins à craindre si cette donnée existe et peut se valider. Mais il sera malaisé de raisonner sur les contingences françaises, faites toutes d'équilibre et de bon sens, pour les présumer existantes et opérantes ailleurs. En ce sens, nous faudra-t-il dire que si la France a pu se passer d'une législation de prévoyance, sans trop sacrifier de ce chef à la légalité, tel n'a pas été le cas ailleurs. En se démunissant complètement, en face du danger, l'on risque de voir la réédition des phénomènes primaires de l'absolutisme moyennâgeux. En conséquence, une législation de prévoyance, sage et modérée, peut être de la plus grande utilité pour ceux des Etats qui ne trouvent pas, chez leurs gouvernements, la vertu de la modération dans le devoir de recourir à l'illégalité.

En fin de compte, nous nous avouons tributaires de la solution donnée par la théorie du devoir de recourir, exceptionnellement, à l'illégalité ; les raisons que nous en pouvons fournir sont seulement d'ordre sentimental, nous le reconnaissons, mais n'aboutira-t-on jamais à cet âge d'or qui remplacera la force par le sentiment ?

En effet, les grandes démocraties occidentales ont toujours refusé l'intrusion des prévisions guerrières — au sens qui

nous occupe — dans leur patrimoine légal. D'un côté se trouve la France des libertés révolutionnaires, l'Angleterre des libertés de la Grande Charte, et, de l'autre, l'Allemagne impérialiste. La morale politique, le désir sincère de maintenir la paix entre les Etats, demandent une preuve concrète, réelle. Elle est fournie par les Etats qui excluent de leur constitution politique toute organisation préétablie en vue d'une guerre possible. Mais cela témoigne également d'une grande preuve de prévoyance concernant la sauvegarde du régime démocratique : l'éventualité d'une dictature exécutive débordante, est reléguée dans un cadre hors de la loi.

Il est vrai que notre raisonnement ne vaut que sur des latitudes en deçà du Rhin. Mais, est-ce une raison pour que la démocratie ne l'emporte pas, encore une fois, dans la solution de l'état de crise, sur l'absolutisme qui peut s'enorgueillir d'avoir la plénitude de pouvoir ?

Vu, le Doyen :

H. BERTHÉLEMY

Vu, le Président :

G. JÈZE,

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY.

Bibliographie

ALEXIANO. — Cours de droit constitutionnel, I, Bucarest, 1930.

ANSON. — Loi et pratique constitutionnelle de l'Angleterre, traduction française, Paris, 1903.

ARNDT. — Die Notverordnungen nach dem Verfassungsrechte der modernen Staaten, vergleichend dargestellt, Inaugural-Dissertation, Berlin, 1909.

BARTHÉLEMY. — Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes, Paris, 1907.

— Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine, *Revue de droit public*, 1905.

— Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine, Paris, 1915.

— Le droit public pendant la guerre, *Revue de droit public*, 1915.

— Le gouvernement et la loi, *Revue de droit public*, 1915.

— Le gouvernement législateur, *Revue politique et parlementaire*, 1917.

BARTHÉLEMY et DUEZ. — *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1926 et 1933.

BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, XII^e éd., Paris, 1928.

— Le pouvoir réglementaire du Président de la république, *Revue politique et parlementaire*, 1898.

- Le fondement de l'autorité politique, *Revue de droit public*, 1915.
- Les limites du pouvoir législatif, *Revue politique et parlementaire*, 1925.
- BOILA. — Organizatia de Stat, Cluj, 1927.
- BONNARD. — Les décrets-lois Poincaré, *Revue de droit public*, 1927.
- BORNHAK. — Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1896.
 - Preussisches Staatsrecht, Berlin, 1896.
- BOSC. — Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre, *Revue de droit public*, 1926.
- BOTEZ. — Observatiuni critice asupra decretelor-legi. Dreptul 1919.
- CARRÉ DE MALBERG. — Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, 1920.
- CERCIELLO. — La questione dei decreti-legge, Torino, 1922.
- COHEN. — La loi et le règlement, Paris, 1903.
- CROSA. — La competenza regia nel diritto italiano, Torino, 1916.
- DARESTE. — Les constitutions modernes, II^e éd., Paris, 1891.
- DELPECH et LAFERRIÈRE. — Les Constitutions modernes, Paris, 1928-1932.
- DELVOLVÉ. — La délégation des matières, *Thèse*, Toulouse, 1930.
- DEVAUX. — Le régime des décrets, Paris, 1927.
- DICEY. — Introduction à l'étude du droit constitutionnel, traduction française, Paris, 1902.

- DISSESCO. — Regimul decretelor-legi, Dreptul, 1920.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, II^e éd., Paris, 1921-1925.
- *Manuel de droit constitutionnel*, III^e éd., Paris, 1918.
- ERRERA. — Cinquante ans de droit public en Belgique, *Livre du cinquantenaire de la Société de Législation comparée*, I, Paris, 1923.
- ESMEIN et NÉZARD. — *Eléments de droit constitutionnel*, VII^e éd., Paris, 1921.
- FRIEDMANN. — Geschichte und Struktur der Notverordnungen unter Berücksichtigung des Kirchenrechts, Stuttgart, 1903.
- GARNER. — Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux Etats-Unis, *Revue de droit public*, 1918.
- GIDEL. — Droits et devoirs des Nations, La théorie classique des droits fondamentaux des Etats, Paris, 1927.
- GIRON. — Le droit administratif de la Belgique, Bruxelles et Paris, 1881.
- GLATZER. — Das Recht der provisorischen Gesetzgebung, Inaugural-Abhandlung, Breslau, 1899.
- GOUET. — La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, Paris, 1932.
- HATSCHKE. — Ursprung der Notverordnung, Grünhuts Zeitschrift, 1900, Bd. 27.
- HAURIOU. — *Précis de droit administratif et de droit public*, XI^e éd., Paris, 1927.
- *Précis de droit constitutionnel*, II^e éd., Paris, 1928-29.

HEGEL. — Grundlinien der Philosophie des Rechtes, Leipzig, 1911.

HEYMANN. — Die Kriegsnotgesetze, Berlin, 1916.

HOERNI. — De l'état de nécessité en droit public fédéral, thèse, Genève, 1916.

HUGHES. — La Constitution américaine et la guerre, *Revue de droit public*, 1918.

JELLINEK. — Gesetz und Verordnung, Freiburg, 1887.

JÈZE. — *Les principes généraux du droit administratif*, II^e éd., Paris, 1914.

— Les fonctionnaires de fait, *Revue de droit public*, 1914.

— Les décrets-lois en temps de guerre et les lois confirmatives, *Revue de droit public*, 1915.

— Interprétation de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, *Revue de droit public*, 1915.

— L'exécutif en temps de guerre, *Revue de droit public*, 1917.

— De la réfection des actes administratifs irréguliers, *Revue de droit public*, 1916.

— Le pouvoir réglementaire en temps de guerre, *Revue de droit public*, 1917.

— La promulgation des lois, *Revue de droit public*, 1918.

— Théorie des pouvoirs de guerre et théorie des actes de gouvernement, *Revue de droit public*, 1924.

JÈZE, BARTHÉLEMY, RIST, etc... — Problèmes de politique et finances de guerre, Paris, 1915.

- LABAND. — Le droit public de l'Empire allemand, Paris, 1901.
- LABORDE-LACOSTE. — De la ratification par le Parlement des décrets pris sur législation et édictant une sanction pénale, *Revue de droit public*, 1926.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, Paris, 1896.
- LARNAUDE. — Les gouvernements de fait, *Revue générale de droit international public*, 1921.
- MESTRE. — Recherches sur l'exception d'illégalité, *Mélanges Hauriou*, 1929.
- L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919. Les transformations du droit depuis cinquante ans, T. II.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH. — Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, Paris, 1931.
- MOREAU. — Le règlement administratif, Paris, 1902.
- NÉGULESCO. — Cours de drept administrativ român, Bucarest, 1926.
- Tratat de drept administrativ român, I, IV^e éd., Bucarest, 1925.
- ONISOR. — Istoria dreptului român, II^e éd., Cluj, 1924.
- Tratat de drept administrativ român, II^e éd., Bucarest, 1930.
- ORLANDO. — Principes de droit public et constitutionnel, traduction française, Paris, 1902.
- POP. — Tratat de Drept penal, II, Cluj, 1923.
- POSENER. — Die Staatsverfassungen des Erdballs, Charlottenburg, 1909.

- RAICIU. — Légalité et nécessité, *thèse*, Paris, 1933.
- RARINCESCO. — Decretele-legi si dreptul de necesitate, *thèse*, Bucarest, 1924.
- RATHS. — Das Notverordnungsrecht des preussischen Landes und des deutschen Reichsstaatsrechts, Inaugural-Abhandlung, Bonn, 1904.
- REINACH TH. — De l'état de siège et des institutions de salut public, *Thèse*, Paris, 1885.
- La législation économique allemande pendant la guerre, Paris, 1916-1917.
- ROLLAND. — Le pouvoir réglementaire du Président de la république en temps de guerre et la loi du 10 février 1918, *Revue de droit public*, 1918.
- Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois, *Revue de droit public*, 1924.
- L'administration locale et la guerre, *Revue de droit public*, 1915, 1916, 1918.
- SCHULZE. — Das preussische Staatsrecht, Leipzig, 1877.
- SELIGMANN. — Der Begriff des Gesetzes, Berlin, 1886.
- SIGNOREL. — Le pouvoir exécutif en temps de guerre, *Revue générale d'administration*, 1921.
- SIOTTO-PINTOR M. — Correnti di pensiero dottrinali, parlamentari, e giurisprudenziali a proposito dei decreti-legge, *Il Foro Italiano*, 1923.
- SPIEGEL. — Zur Lehre vom Ursprung der Notverordnung, *Grünhuts Zeitschrift* XXXIV 1907.
- STAMBULESCO. — Principii de drept constitutional, Bucarest, 1924.
- STHAMER. — Das deutsche Notverordnungsrecht, Inaugural-Abhandlung, Hamburg, 1909.

- TAMBARO. — Chronique constitutionnelle d'Italie ; les décrets-lois, *Revue de droit public*, 1922.
- TOOD. — Le gouvernement parlementaire en Angleterre, traduction française, Paris, 1900.
- VISSCHER (DE). — Les lois de la guerre et la Théorie de la nécessité, *Revue de droit international public*, 1917.
- WREDE. — Das Notverordnungsrecht nach preussischem und österreichischem Staatsrecht, Inaugural-Dissertation, Leipzig, 1908.
-

Imprimerie « LES PRESSES MODERNES », 45, rue de Maubeuge, Paris.

At liers à Reims (Marne)
